ПРАВО ИЗОБРѢТАТЕЛЯ.

Ал. Лиленко,
приватъ-доцентъ Императорскаго СПБ. Университета.

ПРАВО ИЗОБРѢТАТЕЛЯ

(ПРИВИЛЕГІИ НА ИЗОБРѢТЕНІЯ И ИХЪ ЗАЩИТА ВЪ РУССКОМЪ И МЕЖДУНАРОДНОМЪ ПРАВѢ).

Историко-догматическое изслѣдованіе.

ТОМЪ II-й.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.
1903.

Печатать разрѣшается по опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго Университета, 12 Ноября 1902 г.

Деканъ *Д. Гриммъ.*

Выпуская въ свѣтъ настоящій, второй и послѣдній, томъ моего изслѣдованія, я считаю своимъ долгомъ выразить мою глубочайшую признательность: Юридическому Факультету Императорскаго С.-Пб. Университета, оказавшему мнѣ матеріальную поддержку при изданіи перваго тома; — дорогому другу и товарищу, прив.-доценту М. М. Боровитинову, любезно согласившемуся прочитать главу о патентной контрафакціи (я въ нѣсколькихъ мѣстахъ могъ использовать сдѣланныя имъ цѣнныя замѣчанія); — высокоуважаемой Ю. Н. Садыковой и дорогому А. А. Парланду, любезно и весьма существенно помогавшимъ мнѣ въ чтеніи корректуръ; — библіотекарю С.-Пб. Университета, А. Р. Крейсбергу, всегда готовому помогать своими совѣтами и указаніями, — и всѣмъ другимъ лицамъ (въ частности, товарищамъ по службѣ) способствовавшимъ успѣшному окончанію настоящей работы.

9-го ноября 1902 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стран.
Книга вторая. Право на патентъ (окончаніе)	1—24
Глава IV. Ничтожность патента (санкція на случай нарушенія нормъ, касающихся права на патентъ)	1—24
I. § 143. Постановка вопроса	1
II. Случаи, когда возможно объявленіе ничтожности	3—19
§ 144. Взаимное соотношеніе трехъ возможныхъ случаевъ	3
§ 145. A. Недостаточность описанія	4
§ 146. B. Выдача патента не по принадлежности	8
§ 147. C. Выдача не согласно установленнымъ правиламъ Общій критерій	11
§ 148. Отдѣльные казусы	15
III. § 149. Порядокъ объявленія ничтожности патента	19—24
Книга третья. Право изъ патента	25—255
Глава I. Субъектъ правъ изъ патента	25—55
I. § 150. Постановка вопроса	25—26
II. Со-собственники патента	26—37
§ 151. Отношенія со-собственниковъ патента	26
§ 152. Конструкція этого отношенія	32
III. Передача патента	37—55
§ 153. Историческая справка	37
§ 154. Схема изложенія	39
§ 155. Значеніе публикацій	39
§ 156. Субъектъ сдѣлки	45
§ 157. Объектъ сдѣлки	45
§ 158. Права и обязанности сторонъ	49
§ 159. Выводы	52
Глава II. Объектъ правъ изъ патента	56—70
I § 160. Соотношеніе понятій объекта правъ изъ патента и объекта правъ на патентъ	56—60
II. § 161. Историческое развитіе патентныхъ формулъ	60—62
III. § 162. Три основныхъ типа формулъ	63
§ 163. Три добавочныхъ типа. Примѣры	67
IV. § 164. Редактированіе формулъ	69—70

СТРАН.

Глава III. Содержаніе права изъ патента. . . . . 71—167

Отдѣлъ первый. Права патентодержателя.

I. § 164a. Постановка вопроса 71

II. Общія права патентодержателя . . . . . 72—108
§ 165. A. Общая характеристика статьи 22-й Положенія. . 72
§ 166. Право изготовлять изобрѣтеніе 73
§ 167. Право употреблять изобрѣтеніе. 74
§ 168. Право распространять изобрѣтеніе 76
§ 169. B. Экономическое использованіе означенныхъ правъ. Лиценція. Общая постановка вопроса. 79
§ 170. a. Субъектъ лиценціи. Лиценціатъ. Акціонерныя компаніи 80
§ 171. Лиценціаръ 82
§ 172. b. Объектъ лиценціи. 83
§ 173. c. Виды лиценцій и ихъ установленіе 85
§ 174. Молчаливыя лиценціи. 87
§ 175. Простая, исключительная и полная лиценція. . . . 91
§ 176. d. Содержаніе лиценцнаго права. 1. Права лиценціара. 93
§ 177. 2. Обязанности лиценціара. Гарантія технической примѣнимости 94
§ 178. Гарантія юридической дѣйствительности патента . . 97
§ 179. 3. Права лиценціата 100
§ 180. 4. Обязанности лиценціата. 103
§ 181. e. Прекращеніе лиценціи 104
§ 182. Конструктивные выводы 106

III. Вліяніе зависимости патентовъ на объемъ правъ. . 108—122
§ 183. Объектъ зависимыхъ патентовъ 108
§ 184. Связь съ объектомъ основного патента 114
§ 185. Порядокъ выдачи зависимыхъ патентовъ 114
§ 186. Значеніе ихъ для конструкціи объема правъ. . . . 119
§ 187. Прекращеніе зависимыхъ патентовъ. 119
§ 188. Выводы. 121

Отдѣлъ второй. Обязанности патентодержателя.

I. Обязательная эксплоатація изобрѣтеній . . . . . 122—151
§ 189. Обязательная эксплоатація патентовъ съ экономической точки зрѣнія 122
§ 190. Критика и выводы 128
§ 191. Обязательная эксплоатація изобрѣтеній съ юридической точки зрѣнія. Современная практика по этому вопросу 131
§ 192. Истинный смыслъ закона 136
§ 193. A. Субъективный элементъ понятія эксплоатаціи . . 137
§ 194. Выводы. 146
§ 195. B. Объективный элементъ понятія эксплоатаціи . . 148

СТРАН.
II. Уплата ежегодныхъ пошлинъ . . . . . 151—163
§ 196. A. Патентныя пошлины съ экономической точки зрѣнія 151
§ 197. B. Патентныя пошлины съ юридической точки зрѣнія. 156
III. Обязательныя лиценціи. . . . . 163—167
§ 198. Положеніе вопроса 163

Глава IV. Нарушеніе правъ изъ патента (патентная контрафакція) . . . . . 168—202
I. Субъектъ нарушенія . . . . . 168—175
§ 199. Неуправомоченное лицо. 168
§ 200. Нарушеніе договорныхъ отношеній частично-управомоченными лицами. 172
§ 201. Соучастіе 174
II. Объектъ нарушенія. . . . . 175—181
§ 202. Постановка вопроса 175
§ 203. Законъ равныхъ разстояній 176
III. Преступное дѣяніе. A. Съ внутренней стороны . . . 182—189
§ 204. Умыселъ и неосторожность 182
§ 205. Опредѣленіе понятія завѣдомости 185
IV. Преступное дѣяніе. B. Съ внѣшней стороны . . . . 189—197
§ 206. По мѣсту совершенія 189
§ 207. Локализація распространенія. 193
§ 208. По времени совершенія. 194
§ 209. По характеру дѣятельности. Употребленіе изобрѣтенія въ сферѣ личной жизни. 195
V. Подсудность. . . . . 197—202
§ 210. Общія начала 197
§ 211. Преслѣдованіе 201
VI. Санкція. 202
§ 212. Штрафъ. Возмѣщеніе убытковъ 202
§ 213. Выводы. 202

Глава V. Прекращеніе правъ изъ патента. . . . . . 203—255
I. § 214. Постановка вопроса. 203
§ 215. Юридическое значеніе публикацій о прекращеніи по старому закону 204
§ 216. Юридическое ихъ значеніе по новому закону 210
II. Срочность патентовъ . . . . . 211—213
§ 217. Пятнадцатилѣтній срокъ. Сверхсрочное продолженіе патентовъ 211
III. Солидарность патентовъ 214 228
§ 218. Критическій анализъ. Мотивація солидарности. . . 214
§ 219. Критическій анализъ. Практическое значеніе солидарности. 217
§ 220. Догматическій анализъ. Условія примѣненія солидарности. 219
§ 221. Содержаніе понятія солидарности 224
§ 222. Продолженіе 227

СТРАН.

IV. Экспропріація . . . . . 228—232
§ 223. Положеніе вопроса въ проектѣ 1895 года 228
V. Неуплата пошлинъ . . . . . 233—246
§ 224. Значеніе уплаты и извѣщенія объ уплатѣ 233
§ 225. Цифровыя данныя 237
VI. Неприведеніе въ дѣйствіе . . . . . 246—254
§ 226. Значеніе неудостовѣреннаго приведенія въ дѣйствіе . 246
§ 227. Значеніе удостовѣреній 249
§ 228. Значеніе публикацій о прекращеніи за неприведеніе въ дѣйствіе 251
§ 229. Сенатскій указъ 1875 года 252
VII. Добровольный отказъ 255
§ 230. Русское законодательство 255

Послѣсловіе. Опытъ юридической конструкціи патентнаго права.

I. Господствующія конструкціи . . . . . 258—309
§ 231. Постановка вопроса 258
§ 232. Четыре элемента конструкціи 260
§ 233. Ихъ взаимоотношеніе 261
§ 234. Критическій обзоръ господствующихъ конструкцій. A. Теорія промышленной собственности, какъ генетика перваго порядка. 263
§ 235. Промышленная собственность и облигаторный принципъ 267
§ 236. Теорія промышленной собственности, какъ статика перваго порядка. 271
§ 237. Промышленная собственность и законъ конструкціонной экономіи 274
§ 238. Промышленная собственность, какъ собственность sui generis 281
§ 239. Выводы. 283
§ 240. B. Контрактная теорія 286
§ 241. C. Персональная теорія. Ея абсолютная цѣнность. . 288
§ 242. Теорія O. Gierke 289
§ 243. Критика этой теоріи 293
§ 244. D. Имматеріальная теорія (J. Kohler) 1878 года . . 298
§ 245. Имматеріальная теорія 1880 года 302
§ 246. Имматеріальная теорія 90-хъ годовъ. 305
II. Генетика перваго порядка. . . . . 310—312
§ 247. Два генетическихъ принципа (объективный и субъективный) 310
III. Генетика второго порядка . . . . . 313—338
§ 248. Эволюція облигаторнаго принципа Пережитки принципа факультативнаго 313
§ 249. Понятіе привилегіи 317
§ 250. Абстрактное и конкретное нормоустановленіе. Ихъ культурное значеніе 320

СТРАН.

§ 251. Относительная цѣнность каждаго изъ этихъ способовъ нормоустановленія. Привилегія и произволъ 323
§ 252. Делегированное конкретное нормоустановленіе. . . 326
§ 253. Критерій для выдѣленія делегированныхъ привилегій изъ другихъ актовъ подчиненнаго управленія. . . . 328
§ 254. Примѣненіе этого критерія къ русскому Положенію 1896 г. 332
IV. Статика перваго порядка. . . . . 339—368
§ 255. Двойственность патентнаго правоотношенія. Возраженія Kohler'a. 339
§ 256. Возраженія Gierke 346
§ 257. Право на патентъ, какъ отношеніе публичнаго права. 348
§ 258. Его содержаніе. 351
§ 259. Право изъ патента, какъ отношеніе гражданскаго права. Его содержаніе 353
V. Статика второго порядка. . . . . 369—392
§ 260. Постановка вопроса 369
§ 261. Понятіе монополіи. 370
§ 262. Патентное право и монополія. Возраженія юридическія. 374
§ 263. Возраженія экономическія. 377
§ 264. Понятіе монополіи, какъ юридическая конструкція . 384
§ 265. Продолженіе 386
§ 266. Выводы 391

ГЛАВА IV.

Ничтожность патента (санкція на случай нарушенія нормъ, касающихся права на патентъ).

I. § 143. Постановка вопроса.

II. Случаи, когда возможно объявленіе ничтожности. § 144. Взаимное соотношеніе трехъ возможныхъ случаевъ. § 145. A. Недостаточность описанія. § 146. B. Выдача патента не по принадлежности. § 147. C. Выдача не согласно установленнымъ правиламъ. Общій критерій. § 148. Отдѣльные казусы.

III. § 149. Порядокъ объявленія ничтожности патента.

I.

§ 143. Съ момента выдачи патента возникаютъ юридическія отношенія между патентодержателемъ и третьими лицами. Этимъ отношеніямъ будетъ посвящена третья книга настоящаго тома. Но прежде чѣмъ перейти къ ихъ изложенію, мнѣ необходимо остановиться на одномъ спеціальномъ институтѣ патентнаго права, въ коемъ уже появляются третьи лица, но который, по существу своему, долженъ быть отнесенъ къ настоящей, второй, книгѣ, ибо онъ составляетъ естественное завершеніе юридическаго отношенія между изобрѣтателемъ и органами власти по поводу права на патентъ. Я подразумѣваю, конечно, институтъ признанія патента ничтожнымъ.

Дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ: по общему правилу, всѣ тягости патентнаго права возникаютъ и существуютъ для третьихъ лицъ только съ тѣхъ поръ,

какъ выданъ патентъ [1]). Слѣдовательно, первымъ и самымъ простымъ способомъ защиты для третьихъ лицъ является доказываніе, что патентъ, вообще, данному изобрѣтателю не могъ быть выданъ. Разъ можно доказать, что Комитетъ выдалъ патентъ съ нарушеніемъ установленныхъ правилъ,—самый патентъ объявляется ничтожнымъ, и, какъ слѣдствіе, отпадаетъ и всякій вопросъ объ отвѣтственности третьихъ лицъ. Такимъ образомъ, институтъ уничтоженія патентовъ является санкціею, гарантирующею соблюденіе тѣхъ нормъ, коими регулируется право на патентъ.

Въ дѣйствующемъ законѣ уничтоженіе патентовъ предусмотрѣно статьями 26-ою и 29-ою (пп. 4 и 5), которыя, къ сожалѣнію, допускаютъ систематическія и терминологическія неточности. Терминологія ихъ представляется невыдержанною уже потому, что одинъ и тотъ же институтъ обозначается въ ст. 26-ой какъ «признаніе привилегіи недѣйствительною», а въ ст. 29-й—какъ «прекращеніе дѣйствія привилегіи» [2]). Систематическая же ошибка заключается въ томъ, что въ ст. 29-ой на ряду съ (3-мя) случаями дѣйствительнаго прекращенія законно выданныхъ привилегій (пункты 1—3), поставлены, безъ всякой оговорки, и два случая объявленія недѣйствительности (п.п. 4 и 5), несмотря на то громадное юридическое различіе, которое имѣется между прекращеніемъ законно существовавшаго юридическаго отношенія (déchéance) и объявленіемъ, что это отношеніе съ самаго начало было ничтожнымъ [3]) (nullité). Впрочемъ, по существу дѣла, Положеніе не

---

[1]) Какъ я подробно указывалъ выше, охранительное свидѣтельство, само по себѣ, не охраняетъ правъ изобрѣтателя и, слѣдовательно, не создаетъ обязанностей воздержанія для третьихъ лицъ. См. томъ I, стр. 473—478, § 136, in fine.

[2]) Ср. Положеніе, ст. 27.

[3]) Неточность Положенія, повидимому, повліяла на то, что г. Катковъ (О привилегіяхъ на промышленныя изобрѣтенія, Харьковъ, 1902) излагаетъ оба института въ одной главѣ и подъ неточнымъ заголовкомъ „Прекращеніе привилегій“ (стр. 202). По существу онъ, впрочемъ, различаетъ обѣ формы (стр. 209—210).

смѣшиваетъ двухъ институтовъ: такъ, несомнѣнно, что двухлѣтній срокъ, установленный статьею 26-ою, относится только къ недѣйствительности патентовъ.—Оставляя вопросъ о прекращеніи патентовъ до того мѣста, которое ему принадлежитъ систематически (см. книга III, гл. 5), я буду разбирать здѣсь исключительно вопросъ объ объявленіи ничтожности.

II.

§ 144. Постановленія нашего закона о томъ, когда возможно признаніе патента недѣйствительнымъ, редактированы весьма неаккуратно. Основная статья гласитъ: «Ст. 29. Дѣйствіе привилегій прекращается:... 4) если судомъ будетъ признано, что привилегія выдана не по принадлежности или не согласно установленнымъ правиламъ (ст. 26), и 5) если будетъ доказано, что приложенное къ прошенію о выдачѣ привилегіи описаніе (ст. 6) недостаточно для приведенія изобрѣтенія или усовершенствованія въ исполненіе, безъ помощи изобрѣтателя».

Уже на первый взглядъ можетъ показаться страннымъ, почему эта статья выдѣляетъ въ спеціальный пунктъ (п. 5-ый) случай неполноты и неясности описанія, въ сущности, вполнѣ подходящій подъ общую формулу пункта 4-аго: «не согласно установленнымъ правиламъ». Вѣдь несомнѣнно, что выдача патента по неполному и неясному описанію есть очевидное нарушеніе установленныхъ статьею 6-ою правилъ. Я думаю, что выдѣленіе особаго пятаго пункта можетъ быть объяснено разумнымъ образомъ (т.-е. внѣ указаній на редакціонный промахъ) только тѣмъ, что въ пунктѣ 4-омъ есть ссылка на статью 26-ую, не повторяющаяся въ пунктѣ пятомъ. Ссылка же эта можетъ имѣть громадное практическое значеніе: статья 26-ая вводитъ краткую двухлѣтнюю давность для исковъ о ничтожности патентовъ. И, слѣдовательно, можно предположить, что Положеніе допускаетъ иски о признаніи патента недѣйствитель-

нымъ по истеченіи двухлѣтняго срока со дня его обнародованія,—въ одномъ лишь случаѣ недостаточнаго описанія. Я считаю нужнымъ, однако, отмѣтить, что такое толкованіе [1]) не подтверждается историческою справкою: статья 17-ая проекта III [2]) не оговаривала спеціально случаевъ неполноты описанія и устанавливала для всѣхъ привилегій, выданныхъ «вопреки установленнымъ правиламъ», единый двухлѣтній срокъ; теперешній 5-й пунктъ выдѣленъ Государственнымъ Совѣтомъ, повидимому, изъ соображеній редакціонныхъ, и журналы не содержатъ указаній на то, чтобы въ мысляхъ законодателя это выдѣленіе соединено было съ неподчиненіемъ данныхъ исковъ о ничтожности общему сроку давности, установленному въ ст. 26-й. Да и самый текстъ этой послѣдней (также сочиненный въ Государственномъ Совѣтѣ) отнюдь не благопріятенъ для предложеннаго выше толкованія: статья эта категорически указываетъ, что «по истеченіи сего срока (т.-е., двухъ лѣтъ) привилегія можетъ быть признана недѣйствительною только по приговору уголовнаго суда въ случаѣ возбужденія уголовнаго преслѣдованія». Между тѣмъ, очевидно, что споръ о недостаткахъ описанія будетъ разбираться не въ уголовномъ, а въ гражданскомъ судѣ.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что текстъ закона не даетъ точнаго отвѣта на вопросъ: имѣетъ ли какое-нибудь юридическое значеніе то противопоставленіе двухъ послѣднихъ пунктовъ, которое сдѣлано въ статьѣ 29-й?

§ 145. А. Итакъ, первымъ и несомнѣннымъ поводомъ къ уничтоженію патента является недостаточность приложеннаго къ прошенію о выдачѣ привилегіи описанія.

Появленіе этого повода ничтожности въ русскомъ Положеніи представляется довольно неожиданнымъ. Конечно, недостаточность описанія должна быть указана, какъ причина ничтожности патента, въ тѣхъ странахъ,

[1]) Въ томъ же смыслѣ, Катковъ, стр. 212.
[2]) См. томъ I, стр. 207.

гдѣ патенты выдаются безъ предварительнаго разсмотрѣнія: безъ нея, очевидно, не могло бы обойтись ни французское [1]), ни итальянское [2]), ни бельгійское [3]), ни швейцарское [4]) законодательства. Но въ странахъ, гдѣ прошенія о выдачѣ привилегій подвергаются болѣе или менѣе строгому предварительному разсмотрѣнію, — гдѣ спеціальное учрежденіе устанавливаетъ, что изобрѣтеніе описано достаточнымъ образомъ (Англія) или что изобрѣтеніе не только описано достаточнымъ образомъ, но еще и ново (Германія, Австрія, Россія),—вторичное обсужденіе въ судѣ вопроса о ясности и точности описанія представлялось бы, повидимому, излишнею строгостью по отношенію къ изобрѣтателю. И дѣйствительно, мы видимъ, что ни одно изъ перечисленныхъ иностранныхъ государствъ не знаетъ уничтоженія патента вслѣдствіе недостатковъ описанія [5]): одна только Россія составляетъ въ этомъ отношеніи исключеніе. Русскій законъ, значитъ, исходитъ изъ представленія о возможности, что Комитетъ установитъ новизну такого изобрѣтенія, которое и понять-то, въ сущности, невозможно. Мнѣ могутъ возразить, что Комитетъ не гарантируетъ новизны патентованнаго изобрѣтенія: я скажу тогда, что во всякомъ случаѣ, Комитетъ долженъ удостовѣрить, «что на то же изобрѣтеніе или усовершенствованіе прежде того никому другому не было выдано привилегіи» (ст. 20, п. 6). Какимъ же образомъ можно удостовѣрить от-

[1]) Французскій законъ 5 іюля 1844 г., ст. 30, 6°.

[2]) Итальянскій законъ 30 октября 1854 г., ст. 57, 4°.

[3]) Бельгійскій законъ 24 мая 1854 г., ст. 24, b.

[4]) Швейцарскій законъ 29 іюля 1888 г., ст. 10, 4°.

[5]) Германія: законъ 7 апрѣля 1891 г., ст. 10.—„Die Unvollkommenheit der Patentbeschreibung und- Zeichnungen kann zwar unter Umständen zum Nachtheile des Patentträgers das Patent praktisch werthlos machen, ein Nichtigkeitsgrund aber kann daraus nicht abgeleitet werden“. Patentamt, 15 августа 1878 г., Gareis, I, стр. 310. Reichsgericht, 15 декабря 1890, Gareis, IX, стр. 235 — 270. Ср. точныя указанія въ комиссіи рейхстага, Bericht der VII Kommission etc., Berlin, 1877, стр. 19—20. Есть контроверза, см. Gareis, въ Busch's Archiv, XLVI, стр. 94; Kohler, стр. 355. Австрія, законъ 11 января 1897 г., ст. 28.—Англія: прямыхъ указаній въ законѣ нѣтъ; ср. Wallace, стр. 578 и 586 (въ разныхъ смыслахъ!).

сутствіе болѣе ранняго патента на такую вещь, которой изъ описанія уразумѣть невозможно [1])?

Неудобства, сопряженныя съ существованіемъ пункта 5-го ст. 29-ой, усугубляются его редакціей. Указанный пунктъ трактуетъ объ описаніи, приложенномъ къ прошенію о выдачѣ привилегіи; и текстъ его настолько категориченъ, что (несмотря на несомнѣнную наличность редакціоннаго промаха) комментаторъ принужденъ считаться, съ точнымъ смысломъ статьи. Дѣло въ томъ, что въ дѣлопроизводствѣ Комитета необходимо различать два описанія: то, которое подается изобрѣтателемъ при первоначальномъ прошеніи (вмѣстѣ съ эвентуальными приложеніями, см. ст. 6, in fine), и то, которое печатается въ сводѣ привилегій и въ выданномъ патентѣ. Совпаденіе этихъ двухъ редакцій описанія отнюдь не является, само по себѣ, необходимымъ. Нерѣдко, Общее Присутствіе Комитета, въ качествѣ 2-ой инстанціи, перерѣшаетъ дѣла и выдаетъ патенты только потому, что въ поданной жалобѣ оно усматриваетъ «объясненіе тѣхъ частей первоначальнаго описанія», которыя были признаны неяснымі первою инстанціею: въ этихъ случаяхъ опубликованное описаніе по необходимости будетъ скомбинировано изъ того, что было въ описаніи, поданномъ при прошеніи о выдачѣ привилегіи,—и того, что привнесла жалоба. Могутъ быть и обратные случаи: передъ опубликованіемъ описаній, Комитетъ подвергаетъ ихъ нѣкоторымъ редакціоннымъ исправленіямъ, съ точки зрѣнія стиля и терминологической правильности. Никто не можетъ, однако, поручиться, что подъ видомъ редакціонныхъ исправленій, Комитетъ, по ошибкѣ, не исключитъ совершенно безъ

[1]) Дабы дать разумное объясненіе указанному противорѣчію, приходится предположить, что п. 5-ый имѣетъ въ виду спеціальные пріемы, практическія указанія, безъ знанія коихъ невозможно выполнить изобрѣтенія. Само по себѣ, изобрѣтеніе представляется яснымъ и понятнымъ, а осуществить его, покуда не указаны подобныя „ухватки“, — невозможно. Только спеціалисты-техники могутъ отвѣтить на вопросъ: возможны ли описанія, страдающія именно этого рода недостаткомъ.

вѣдома изобрѣтателя, изъ первоначальнаго описанія существенныхъ частей (практика показываетъ, что въ данномъ отношеніи дѣятельность Комитета сводится почти исключительно къ сокращенію текстовъ описаній).

Такимъ образомъ, печатное описаніе можетъ быть и полнѣе, и уже того описанія, которое было подано при прошеніи о выдачѣ привилегіи. Текстъ п. 5-го не дозволяетъ подставлять первое на мѣсто второго. Рѣшающимъ является не то описаніе, которое доступно публикѣ, а то, которое хранится въ рукописномъ видѣ при дѣлахъ Комитета. Подобная постановка дѣла можетъ повлечь, повторяю, массу неудобствъ: однако, она является единственною возможною, если мы вспомнимъ, что описанія «редактируются» Комитетомъ передъ печатаніемъ безъ вѣдома изобрѣтателей [1]). Несомнѣнно однако, что при точномъ соблюденіи п. 5-го, указанная выше (см. стр. 6) практика Общаго Присутствія является неправильною: quod initio vitiosum erat, не можетъ convalescere путемъ добавокъ, изложенныхъ въ жалобѣ.

Итакъ: первою причиною, влекущею признаніе патента недѣйствительнымъ, является недостаточность того описанія, которое было подано при прошеніи о выдачѣ привилегій,—поскольку эта недостаточность не восполнена дополнительными прошеніями, поданными въ 3-хъ мѣсячный срокъ (но не иными какими-либо документами, въ томъ числѣ и не печатнымъ оффиціальнымъ описаніемъ).

De lege ferenda желательно, чтобы оффиціальное печатное описаніе редактировалось въ окончательной формѣ съ вѣдома и согласія изобрѣтателя (какъ это нынѣ дѣлается для патентныхъ формулъ; см. томъ I, стр. 490),—и затѣмъ, чтобы рѣшающею являлась именно эта окончательная редакція, а не какая-либо иная. Самая желательность сохраненія пункта 5-го является спорною.

---

[1]) См. томъ I, стр. 486.

§ 146. В. Вторымъ поводомъ къ уничтоженію привилегіи является возможность оспорить «принадлежность привилегированнаго изобрѣтенія или усовершенствованія въ цѣломъ составѣ, или въ нѣкоторыхъ его частяхъ» (ст. 26). «Привилегія прекращается», прибавляетъ ст. 29, «если судомъ будетъ признано, что привилегія выдана не по принадлежности».

Относительно толкованія термина «принадлежность изобрѣтенія», точно такъ же какъ и соотвѣтствующаго ему термина «присвоеніе изобрѣтенія» (ст. 10 и 15), мною высказано было въ подробностяхъ мое мнѣніе въ главѣ 2-й настоящей книги. Я показалъ [1]): 1) что русскій законъ не знаетъ американской системы («привилегія выдается тому, кто первый сдѣлалъ изобрѣтеніе»); 2) что привилегіи выдаются въ Россіи первому заявителю, и 3) что подъ присвоеніемъ изобрѣтеній нужно разумѣть нарушеніе тѣхъ договорныхъ отношеній, которыя существуютъ между сторонами по поводу заявки.

Въ виду того громаднаго значенія, который можетъ имѣть, практически, данный вопросъ—я позволю себѣ дополнить приведенные три тезиса указаніями на тѣ выводы, къ которымъ пришелъ, разбирая тѣ же статьи, г. Катковъ [2]). «Законы о привилегіяхъ созданы съ цѣлью дать вознагражденіе изобрѣтателямъ, говоритъ онъ [3])... Этого общаго правила держится и нашъ законъ. По ст. 2 Пол. привилегія выдается изобрѣтателямъ». Однако, говоритъ авторъ, заявка, какъ таковая, съ точки зрѣнія общественныхъ интересовъ «можетъ быть большею заслугою, чѣмъ самый фактъ изобрѣтенія [4])». Поэтому, вполнѣ оправдывается «постановленіе нашего законодательства о томъ, что привилегія на изобрѣтеніе или усовершенствованіе выдается

[1]) См. томъ I, стр. 409—413.
[2]) Op. cit., стр. 54—68.
[3]) Op. cit., стр. 55.
[4]) Op. cit., стр. 56.

первому лицу, заявившему о томъ ходатайство [1])». Затѣмъ, авторъ сейчасъ же оговаривается: «Въ такой общей формѣ, однако, правило это не всегда можетъ быть справедливо. Нужны иногда исключенія для поддержанія основной тенденціи патентныхъ законодательствъ, въ частности ст. 2 нашего Положенія. Законъ, поэтому, постановляетъ, что въ случаѣ возбужденія противъ перваго просителя обвиненія въ присвоеніи себѣ чужаго изобрѣтенія или усовершенствованія, дѣлается исключеніе изъ общаго (?) правила: дѣло о выдачѣ пріостанавливается до рѣшенія суда по этому вопросу [2])».

Изъ приведенныхъ отрывковъ явствуетъ, что г. Катковъ не толкуетъ Положенія, а только сопоставляетъ отдѣльныя его статьи, указывая правно-политическіе моменты, могшіе лечь въ основаніе каждой изъ нихъ. Онъ считаетъ, напримѣръ, что основною тенденціею нашего закона является выдача патентовъ изобрѣтателямъ: но самъ же признаетъ, что эта тенденція осуществлена въ законѣ практически—въ крайнемъ случаѣ—лишь въ одномъ мѣстѣ, въ концѣ статьи 15-ой [3]) (одновременныя заявки). Такимъ образомъ, взаимное соотношеніе статей 2-ой и 15-ой остается у г. Каткова совершенно невыясненнымъ. — Но главная ошибка автора заключается въ томъ, что онъ, все-таки, предполагаетъ возможнымъ «возбужденіе противъ перваго просителя

[1]) Op. cit., стр. 56.

[2]) Op. cit., стр. 56.

[3]) Даже и въ этомъ случаѣ, предлагаемое г. Катковымъ рѣшеніе не вполнѣ соотвѣтствуетъ тексту закона. Въ случаѣ одновременной заявки—говоритъ онъ (стр. 59)—„просителямъ предоставляется или войти въ соглашеніе, или перенести дѣло въ судъ для рѣшенія спора о первенствѣ изобрѣтенія“. Я отмѣчу: 1) что текстъ закона въ ст. 2-ой говоритъ о „самихъ изобрѣтателяхъ“, т.-е. совершенно не затрагиваетъ понятія перваго изобрѣтателя, и 2) что ст. 15-ая говоритъ также не о первенствѣ изобрѣтенія, а о первенствѣ на полученіе привилегіи; между тѣмъ, первенство на полученіе привилегіи, можетъ быть, будетъ устанавливаемо судомъ не по первенству изобрѣтенія; подставляя искомый матеріальный принципъ на мѣсто имѣющагося въ законѣ формальнаго, г. Катковъ допускаетъ герменевтическую ошибку...

обвиненія въ присвоеніи себѣ чужого изобрѣтенія». Я позволю себѣ спросить: по какой именно статьѣ Уложенія будетъ предъявляться это обвиненіе? Дѣяніе, которое указано г. Катковымъ въ видѣ примѣра на стр. 56-й (инженеръ-фабрикантъ и служащій), не подойдетъ ни подъ кражу, ни подъ мошенничество, ни даже подъ присвоеніе. Исходя, такимъ образомъ, изъ положенія, что въ Россіи уголовный законъ ни въ какой формѣ не защищаетъ не заявленнаго изобрѣтенія,—я позволяю себѣ остаться при убѣжденіи, что «присвоеніе изобрѣтеній» можно толковать только такъ, какъ это сдѣлано мною выше (см. стр. 8, и томъ I, стр. 408).

Слѣдовательно, вторымъ поводомъ къ уничтоженію привилегіи является возможность оспорить принадлежность изобрѣтенія, въ смыслѣ возможности доказать, что заявитель нарушилъ связывавшія его по отношенію къ протестующему договорныя (или quasi-договорныя) отношенія; объ этихъ послѣднихъ, см. въ подробностяхъ вторую часть главы 2-ой настоящей книги.

Возможность оспорить принадлежность изобрѣтенія есть поводъ только къ уничтоженію привилегіи: важный недосмотръ закона, съ которымъ, однако, нужно считаться, пока онъ не измѣненъ формально. По этому вопросу я также не могу согласиться съ г. Катковымъ, утверждающимъ, что въ законѣ, будто бы, «нѣтъ указаній на послѣдствія успѣшнаго процесса [1])» для лица, возбудившаго протестъ по статьѣ 10-й или искъ по ст. 26-й. Исходя изъ соображеній, «что цѣль иска будетъ заключаться въ желаніи получить участіе въ привилегіи, а не въ желаніи уничтожить ее [2])», г. Катковъ предполагаетъ возможность ввести въ наше право институтъ патентной суброгаціи, утверждая, что «ничто не мѣшаетъ (суду) постановить въ спорѣ о принадлежности (ст. 26) рѣшеніе объ отчужденіи патента дѣйствительному правопреемнику изобрѣтателя [3])». Къ сожа-

[1]) Op. cit., стр. 62.
[2]) Op. cit., стр. 62.
[3]) Op. cit. стр. 65, примѣчаніе, и стр. 212.

лѣнію, въ законѣ есть именно что-то, что́ мѣшаетъ провести указанное толкованіе, какъ бы оно ни было желательно; и это что-то есть точный смыслъ статьи 29-й: «привилегія прекращается... если судомъ будетъ признано, что она выдана не по принадлежности».

De lege ferenda, конечно, было бы желательно ослабить строгость ст. 29-й и допустить, чтобы, въ случаѣ дѣйствительно оспоренной принадлежности изобрѣтенія, патентъ не былъ уничтожаемъ, а переводился на имя оспаривателя *).

§ 147. С. Третьимъ и послѣднимъ поводомъ уничтоженія патента является выдача не согласно установленнымъ правиламъ. Этотъ пунктъ возбуждаетъ еще больше сомнѣній, чѣмъ оба предъидущіе.

Основнымъ началомъ законодательной техники по вопросу объ уничтоженіи выданныхъ патентовъ — является возможно бо́льшая точность и опредѣленность поводовъ къ такому уничтоженію. Если отказъ въ выдачѣ просимаго патента можетъ имѣть весьма невыгодныя послѣдствія для изобрѣтателя, то во сколько разъ большее потрясеніе всего экономическаго положенія даннаго лица можетъ произвести уничтоженіе такого патента, который уже былъ выданъ, на основаніи котораго уже производилась фабрикація и въ силу ко-

*) Г. Катковъ не знаетъ, что въ текстѣ Журнала Государственнаго Совѣта есть одно замѣчаніе, косвенно опровергающее его, Каткова, мнѣніе о допустимости суброгаціи. Дѣло заключается въ слѣдующемъ. См. 18 проекта III указывала, что „о прекращеніи привилегіи публикуется во всеобщее свѣдѣніе, и тогда всякій имѣетъ право безпрепятственно пользоваться тѣмъ изобрѣтеніемъ или усовершенствованіемъ, на которое была выдана привилегія". Государственный Совѣтъ вычеркнулъ послѣднюю фразу по слѣдующимъ соображеніямъ (Журналъ, стр. 12):

„Указанное послѣдствіе публикаціи о прекращеніи привилегіи не будетъ имѣть мѣста въ случаѣ признанія судомъ, что привилегія выдана не по принадлежности, такъ какъ лицо, оспаривавшее судебнымъ порядкомъ права получившаго привилегію лица, можетъ само возбудить ходатайство о выдачѣ ему привилегіи". Слѣдовательно, если выигравшая сторона можетъ возбудить ходатайство о выдачѣ ей привилегіи (очевидно, новой привилегіи, такъ какъ спорная уже выдана),—то ни о какой суброгаціи не можетъ быть и рѣчи. Впрочемъ, и самая выдача новой привилегіи является трудно мыслимою.

тораго уже исчислялись торговыя коньюнктуры? Напомню примѣръ брака: отнюдь не всѣ impedimenta влекутъ за собою признаніе брака, совершеннаго вопреки ихъ постановленіямъ, — ничтожнымъ; законодательство можетъ произвольно умножать ихъ количество; но тѣмъ болѣе скупо выдѣляетъ онъ нѣкоторыя (точно опредѣленныя!) — въ категорію dirimentia. То же самое, хотя и въ болѣе слабой степени, примѣнимо и къ патентамъ. Можно не допускать, по тысячѣ причинъ, возникновенія патентнаго отношенія: но разъ оно возникло, разъ съ нимъ считаются установившіеся интересы, невозможно быть достаточно скупымъ и опредѣленнымъ въ исчисленіи поводовъ, могущихъ повлечь уничтоженіе того, что было. Руководясь этимъ принципомъ, новѣйшія законодательства и доктрина идутъ путемъ, прямо противоположнымъ [1]) тому, которому слѣдуетъ наше Положеніе [2]). Французскіе юристы выражаютъ новѣйшую тенденцію максимой: toutes les nullités sont de droit strict [3]).

Уничтоженіе привилегій, выданныхъ, вообще, не согласно установленнымъ правиламъ, является, такимъ образомъ рѣзкимъ диссонансомъ. И задача толкователя должна свестись къ тому, чтобы выяснить возможно точнѣе *), какія именно нарушенія правилъ

[1]) Яркимъ примѣромъ старой доктрины можетъ служить Kleinschrod, Die Internationale Patentgesetzgebung, 1855, — совершенно безпечно умножающій поводы уничтоженія.

[2]) Тѣмъ же принципомъ вызвано и умолчаніе о недостаткахъ описанія, какъ поводѣ къ уничтоженію, ср. § 145.

[3]) Признаніе самимъ патентодержателемъ ничтожности патента не упомянуто въ германскомъ законѣ какъ поводъ къ объявленію ничтожности патента. Послѣдовательно развивая указанный въ текстѣ принципъ, германскіе суды рѣшаютъ, что „die Anerkenntniss der Nichtigkeit seitens des Beklagten ist an sich kein Nichtigkeitsgrund“. Patentamt, 14 февраля 1895, Gareis, XI, стр. 89.

*) Я позволяю себѣ сдѣлать особенное удареніе на словахъ „возможно точнѣе“. Въ этомъ отношеніи серьезныхъ упрековъ заслуживаетъ г. Катковъ. Мы читаемъ у него (стр. 210): „Поводы къ уничтоженію могутъ лежать въ несоблюденіи формальныхъ или матеріальныхъ условій выдачи.— Примѣромъ первыхъ могутъ служить такіе случаи: выдача патента безъ подписи Министра, или безъ обозначенія даты, безъ указанія зависимости

нашъ законъ облагаетъ столь суровой карой. Ибо не нужно забывать, что указанная широкая формула обнимаетъ собою нарушенія каждой изъ ничтожнѣйшихъ нормъ, заключающихся въ тридцати одной статьѣ Положенія, не считая инструкцій. Между тѣмъ очевидно, что, напримѣръ, привилегія, выданная съ нарушеніемъ правилъ о гербовомъ сборѣ, не можетъ быть уничтожена только потому, что Комитетъ позабылъ своевременно потребовать съ просителя недостающую гербовую марку въ 60 коп. на первоначальное прошеніе.

Аналогично съ только что указаннымъ нарушеніемъ гербоваго сбора слѣдуетъ обсуждать, очевидно, и другія мелкія нарушенія правилъ той же категоріи. Поэтому, привилегія не можетъ быть уничтожена только потому:

1)—что прошеніе, чертежи или довѣренность не были

одного изобрѣтенія отъ другого, безъ предъявленія модели, безъ назначенія представителя при ходатайствѣ изъ-за границы, безъ представленія копіи иностранной привилегіи и т. д.—Не всѣ эти случаи будутъ имѣть одинаковое значеніе. Одни изъ нихъ (напр., неприложеніе печати Департамента), вѣроятно, никогда не будетъ встрѣчаться на практикѣ, или, если встрѣтятся, не будутъ сочтены судами достаточнымъ основаніемъ для признанія недѣйствительности привилегіи“.. Если внимательно прочитать дальнѣйшее, то мы замѣтимъ, что мы тщетно искали бы въ текстѣ продолженія двухъ начатыхъ антитезъ („примѣромъ первыхъ“... „одни изъ нихъ“): такъ и остается тайной, что именно г. Катковъ считаетъ примѣромъ вторыхъ, и какова будетъ судьба другихъ изъ нихъ... А между тѣмъ въ этомъ противоположеніи заключается центръ тяжести всего изложенія: безъ окончанія, читателю невозможно выяснить въ точности, въ какихъ именно случаяхъ можно уничтожить привилегію по ст. 29, п. 4. Вмѣсто всякаго критерія, г. Катковъ дѣлаетъ крайне странную ссылку на Сенатъ: „Разумѣется, что опредѣленіе масштаба этой существенности будетъ зависѣть отъ Кассаціоннаго (sic) Сената (стр. 210—211)“.

Недоумѣніе читателя усугубляется еще тѣмъ, что нѣсколькими страницами раньше, г. Катковъ, повидимому, противорѣчитъ самому себѣ, говоря (стр. 145): „Если, напр., проситель представитъ копіи не той иностранной привилегіи, срокъ которой истекаетъ раньше другихъ; или совсѣмъ скроетъ то обстоятельство, что заявляемое изобрѣтеніе было уже привилегировано за границей...—можно, по моему мнѣнію, считать эвентуальную выдачу привилегіи, при такихъ условіяхъ, „несогласной установленнымъ правиламъ“, и, по 4 п. 29 ст. Пол., признать ее по суду недѣйствительною“. Сравн. стр. 210 и 211, гдѣ говорится о причинахъ, которыя заставятъ судъ возможно рестриктивнѣе толковать ст. 29, п. 4-й.

составлены согласно съ инструкціею 20 мая 1896 г. (разъ они были приняты Комитетомъ);

2)—что прошеніе, описаніе или чертежъ не были подписаны просителемъ;

3)—что къ описанію не было приложено патентной формулы (ср. § 135);

4)—что къ прошенію не были приложены копіи иностранныхъ патентовъ, полученныхъ на то же изобрѣтеніе;

5)—что прошеніе было непосредственно принято отъ просителя, проживающаго за границей.

Указанные случаи, взятые изъ инструкціи, не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній: всѣ перечисленныя нормы касаются мелкихъ дѣлопроизводственныхъ пріемовъ, не могущихъ имѣть значенія для третьихъ лицъ. Разъ Комитетъ, случайно, не замѣтилъ ихъ несоблюденія,—дальнѣйшее производство покрываетъ собою допущенный промахъ.

Изъ самого Положенія можно извлечь слѣдующія постановленія, нарушеніе коихъ также не было бы признано поводомъ къ ничтожности патента:

1) привилегія выдана безъ приложенія печати Отдѣла Промышленности (ст. 20);

2) при выдачѣ привилегіи нарушено постановленіе ст. 14 о томъ, что всѣ постановленія Комитета должны быть мотивированными, и т. д.

Критеріемъ и въ этихъ случаяхъ можетъ быть только указанный выше принципъ: значеніе каждаго даннаго правила для третьихъ лицъ. Если норма создана съ цѣлью обезпечить права добросовѣстныхъ конкуррентовъ изобрѣтателя,—несоблюденіе ея должно влечь за собою ничтожность патента. Поэтому, я не могу согласиться съ г. Катковымъ, который выставляетъ въ качествѣ критерія — дѣленіе на правила формальныя и матеріальныя [1]). Несомнѣнно, что нарушеніе многихъ

[1]) Op. cit., стр. 210; г. Катковъ, впрочемъ, даетъ понять, что и нѣкоторыя формальныя условія выдачи могутъ влечь ничтожность патента: однако не указываетъ, какія и когда; см. предъидущее примѣчаніе.

чисто формальныхъ условій, все-таки, можетъ повлечь ничтожность патента: представимъ себѣ, что Комитетъ не опубликуетъ своевременно о подачѣ прошенія и о выдачѣ охранительнаго свидѣтельства (ст. 7) — и тѣмъ лишитъ третьихъ лицъ возможности воспользоваться принадлежащимъ имъ правомъ протеста (ст. 10).

§ 148. Съ точки зрѣнія указаннаго критерія, я позволю себѣ подробнѣе разобрать нѣсколько сомнительныхъ случаевъ.

1. Непредставленіе квитанціи во взносѣ 30 р. пошлины или освобожденіе Министромъ Финансовъ отъ уплаты таковой лица, не имѣющаго на то права (ст. 5)— очевидно, не затрагиваютъ правъ третьихъ лицъ, и потому не могутъ повлечь ничтожности выданнаго патента.

2. Несоблюденіе требованія инструкціи относительно того, что «наименованіе изобрѣтенія не должно вводить въ заблужденіе относительно истиннаго объема и сущности предлагаемаго изобрѣтенія». По этому вопросу нужно различать то наименованіе, которое помѣщается въ самомъ патентѣ,—и то, которое предлагается просителемъ въ первоначальномъ прошеніи. Первое устанавливается по письменному соглашенію Комитета съ просителемъ—и, поэтому, виноватымъ въ его неточности можетъ быть только Комитетъ; карать же изобрѣтателя за чужую вину, очевидно, невозможно. Второе есть результатъ свободнаго волеизъявленія просителя: я указывалъ выше (см. § 135) всѣ тѣ неудобства, которыя проистекаютъ изъ этой свободы; однако, если признать, что, по точному смыслу закона, проситель воленъ заставить Комитетъ выдать ему охранительное свидѣтельство съ явно вводящимъ въ заблужденіе наименованіемъ [1], — то тогда придется, послѣдовательно, признать, что патентъ, выданный по такому охранительному свидѣтельству, долженъ быть впослѣдствіи объявленъ ничтожнымъ [2].

[1]) См. томъ I, стр. 468.

[2]) Во Франціи, намѣренное искаженіе дѣйствительности въ наименованіи есть поводъ къ уничтоженію патента; „titre frauduleusement inexact“,

3. Несоблюденіе требованія ст. 28-ой относительно порядка выдачи зависимыхъ привилегій. Какъ будетъ указано ниже (см. § 186), зависимыя привилегіи имѣютъ значительно меньшую экономическую цѣнность, чѣмъ привилегіи основныя: по той простой причинѣ, что держатель зависимой привилегіи, для того чтобы пользоваться описаннымъ въ ней усовершенствованіемъ, долженъ испрашивать разрѣшенія у держателя основного патента. Статья 28-ая предписываетъ Комитету объявлять привилегіи зависимыми во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ найдетъ, что предположенное изобрѣтеніе «измѣняетъ или дополняетъ ранѣе выданную привилегію». Слѣдовательно, постановленіе Комитета можетъ существенно нарушить интересъ двухъ категорій лицъ: 1) или объявивъ зависимость такой привилегіи, которая по мнѣнію изобрѣтателя, должна быть выдана, какъ самостоятельная, 2) или не объявивъ зависимости такой привилегіи, которая, по мнѣнію держателя болѣе ранняго патента, составляетъ лишь «измѣненіе» его изобрѣтенія.

Первый случай не возбуждаетъ сомнѣній. Объявленіе «зависимости» есть одно изъ тѣхъ «ограниченій», о которыхъ говоритъ ст. 14-ая, и на которыя открытъ путь жалобъ во вторую инстанцію (ст. 18).

Второй случай представляется болѣе сложнымъ. Представимъ себѣ, что предъявленное къ привилегированію изобрѣтеніе представляетъ ацетиленовый аппаратъ, не могущій функціонировать иначе, какъ съ примѣненіемъ такого поплавка, который ранѣе патентованъ за другимъ изобрѣтателемъ. Выдавъ самостоятельную привилегію на этотъ аппаратъ, Комитетъ безусловно нарушитъ статью 28-ую (in fine). Правильнымъ исходомъ изъ этого положенія было бы предоставленіе собственнику патента на поплавокъ права вчинить въ судѣ искъ объ

законъ 5 іюля 1844 г., ст. 30, 5°. Ср. рѣшенія, приведенныя у Pouillet, n° 455—456.—Аналогичныя постановленія имѣются въ Швейцарскомъ законѣ 29 іюня 1888 г., ст. 10, 3°; — въ Португальскомъ законѣ 21 мая 1896 г., ст. 37, 4°; — въ Итальянскомъ законѣ 30 октября 1859 г., ст. 57, 3° и т. д.

объявленіи второй привилегіи зависимою отъ той, которая имѣется въ его рукахъ. Такой искъ предусмотрѣнъ, напримѣръ, въ ст. 30 новаго австрійскаго закона. У насъ въ Россіи ничего подобнаго Положеніемъ не предусмотрѣно — и потому казалось бы, что единственнымъ исходомъ у насъ можетъ быть объявленіе выданной привилегіи недѣйствительною. Однако, уничтоженіе привилегіи на цѣлый аппаратъ, можетъ быть, имѣющей громадное значеніе,—только потому, что въ этотъ аппаратъ входитъ, какъ необходимая составная часть, какой-нибудь ничтожный поплавокъ,—можетъ показаться большою несправедливостью *). Мнѣ кажется, что болѣе соотвѣтствующій современному правовоззрѣнію исходъ могъ бы быть сконструированъ, если бы суды отказались отъ одной ложной точки зрѣнія на принципіальный вопросъ о сущности правъ, даруемыхъ патентомъ. А именно, стоитъ предположить, что патентъ имѣетъ исключительно запретительное значеніе [1]), для того, чтобы правильный исходъ изъ указаннаго выше затрудненія подсказался самъ собою. Въ самомъ дѣлѣ. Если патентъ, выданный на аппаратъ, даетъ право запрещать всѣмъ и каждому изготовленіе и эксплоатацію этого аппарата, но отнюдь не рѣшаетъ вопроса о томъ, дозволено ли самому держателю этого патента эксплоатировать свое изобрѣтеніе (отсутствіе permissiv'ной функціи) — то мы разсудимъ отношеніе держателя (A) quasi-самостоятельнаго патента на аппаратъ къ держателю (B) патента

*) Несправедливость эта можетъ быть значительно усугублена двумя обстоятельствами, которыхъ не слѣдуетъ упускать изъ вида:

1) Основная привилегія на поплавокъ выдана 1-го мая 1890 г.; привилегія на аппаратъ выдана 1-го марта 1904 года. Если бы Комитетъ выдалъ ее правильно, какъ зависимую, то ея держатель былъ бы стѣсненъ въ пользованіи ею только до 1-го мая 1905 г. (т.-е. до момента прекращенія основной привилегіи). Но Комитетъ ошибся, и выдалъ ее, какъ привилегію самостоятельную. Неужели держателю первой привилегіи будетъ дозволено лишить держателя второй — тѣхъ четырнадцати лѣтъ свободной эксплоатаціи патента, которыя, въ сущности, ему по праву принадлежатъ?

2) Собственникъ патента на аппаратъ, можетъ быть, согласенъ покупать нужные ему поплавки у держателя перваго патента...

[1]) Ср. томъ I, § 23, passim и, въ особенности, послѣсловіе, IV.

на поплавокъ слѣдующимъ образомъ: В имѣетъ право запретить А'у пользоваться поплавкомъ; А имѣетъ право запретить В'у пользоваться аппаратомъ; вопросъ о томъ, можетъ ли В пользоваться поплавкомъ, рѣшается не патентомъ, а тѣми узаконеніями, которыя, вообще, регулируютъ производство поплавковъ въ данный моментъ [1]); точно такъ же, вопросъ о томъ, можетъ ли А изготовлять свое изобрѣтеніе, не предрѣшается тѣмъ, что ему выдана на данный аппаратъ привилегія. Патентъ не даетъ разрѣшенія работать. Слѣдовательно: А, несмотря на наличность quasi-самостоятельнаго патента, не можетъ изготовлять нужныхъ ему поплавковъ, потому что это запрещено prohibitiv'ною силою другого патента.

Съ этой точки зрѣнія, т.-е. если разсматривать объявленіе зависимости по ст. ст. 28-ой не какъ конститутивное, а лишь какъ декларативное [2]), — мы можемъ утверждать, что несоблюденіе правила о необходимости объявлять зависимость патентовъ въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ нарушаетъ не права третьихъ лицъ, а интересъ держателя quasi-самостоятельнаго патента, коему Комитетъ упустилъ сдѣлать существенное предупрежденіе.

Съ этой точки зрѣнія, слѣдовательно, нарушеніе правилъ ст. 28-ой о порядкѣ выдачи зависимыхъ привилегій не будетъ признано поводомъ къ уничтоженію выданной quasi-самостоятельной привилегіи.

4. Въ случаѣ выдачи патента на такія предложенія, которыя противорѣчатъ установленнымъ въ законѣ требованіямъ о наличности изобрѣтенія [3]), новизны [4]), технической примѣнимости [5]) или объ отсутствіи закономъ установленныхъ исключеній [6]), а также во

[1]) Возможно, что патентъ В'а, самъ по себѣ, зависитъ отъ какого-нибудь третьяго патента.

[2]) См. ниже, § 185.

[3]) См. томъ I, §§ 82—101.

[4]) См. томъ I, §§ 102—113.

[5]) См. томъ I, §§ 114—116.

[6]) См. томъ I, §§ 117—121.

всѣхъ случаяхъ нарушенія нормъ, опредѣляющихъ понятіе субъекта права на патентъ [1]), — нарушеніе правъ третьихъ лицъ является очевиднымъ, и уничтоженіе выданнаго патента — необходимымъ.

5. Несоблюденіе правила ст. 3-ьей о томъ, что въ одинъ патентъ не можетъ быть включено больше одного изобрѣтенія, нарушало бы только фискальные интересы государства (ежегодныя пошлины будутъ уплачиваться по нѣсколькимъ изобрѣтеніямъ вмѣстѣ, а не по отдѣльности) и потому не можетъ быть признано поводомъ къ уничтоженію выданнаго патента.

6. Выдача, послѣдовательно, двухъ патентовъ на одно и то же изобрѣтеніе нарушаетъ права трѣтьихъ лицъ уже потому, что каждый изъ такихъ патентодержателей могъ бы, независимо отъ другого, преслѣдовать контрафакторовъ, коимъ пришлось бы возмѣщать убытки дважды. Поэтому, второй патентъ долженъ подлежать безусловному уничтоженію [2]).

III.

§ 149. Признаніе патента ничтожнымъ совершается путемъ иска, относящагося къ категоріи отрицательныхъ исковъ о признаніи (negative Feststellungsklage). Искъ этотъ вчиняется: (a) лицомъ, имѣющимъ интересъ въ признаніи ничтожности патента, (b) въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, (c) противъ держателя подлежащаго уничтоженію патента.

ad a. Наличность юридическаго интереса истца обсуждается по общимъ началамъ [3]). Не всѣ иностранныя

[1]) См. томъ I, §§ 122—126.

[2]) Въ Германіи законъ 1877 г. не упоминалъ выдачу болѣе ранняго патента въ числѣ причинъ, влекущихъ уничтоженіе болѣе поздняго патента, выданнаго на то же изобрѣтеніе. Однако, Reichsgericht, рѣшеніемъ 13 января 1900 г., всетаки призналъ второй патентъ ничтожнымъ (Patentblatt, 1900, стр. 148 и сл.). См. подробнѣйшее изложеніе всей контроверзы у O. Schanze, Patentrechtliche Untersuchungen, Jena, 1901, стр. 309—382.—Ср. Reichsgericht, 8 декабря 1894, Gareis, XI, стр. 100 и сл.

[3]) Ср. В. Гордонъ, „Къ ученію объ искахъ о признаніи“, въ Вѣстникѣ Права, 1900, IX, стр. 53 и сл.

законодательства expressis verbis требуютъ наличности такого интереса; но суды вездѣ толкуютъ соотвѣтствующія постановленія въ только-что указанномъ смыслѣ.

Въ группѣ законодательствъ, содержащихъ спеціальныя нормы по разбираемому вопросу, типичнымъ является французскій законъ 5 іюня 1844 года, ст. 31-ая котораго гласитъ: «искъ объ уничтоженіи патента... можетъ быть вчиненъ всякимъ лицомъ, имѣющимъ въ томъ интересъ». Постановленіе это было введено по предложенію Ph. Dupin, для того, чтобы не нарушать основного принципа французскаго судопроизводства, коимъ запрещается actio popularis. При этомъ, анализъ французской судебной практики, касающейся даннаго вопроса, показываетъ, что понятіе непосредственнаго интереса толкуется французскими судами весьма широко. Поэтому, суды признаютъ наличность интереса не только у тѣхъ лицъ, которыхъ патентодержатель въ данный моментъ преслѣдуетъ за контрафакцію [1]), но и у тѣхъ, которымъ онъ грозитъ такимъ преслѣдованіемъ или которымъ просто запрещаетъ фабриковать данное изобрѣтеніе [2]); — далѣе у тѣхъ лицъ, которыя, вообще, занимаются аналогичнымъ производствомъ [3]), хотя бы патентодержатель и не осуществлялъ по отношенію къ нимъ своего права запрета, и, наконецъ, даже у тѣхъ, которые работаютъ въ иной области промышленности, но косвенно выиграли бы отъ того, что патентодержателю создана была бы конкурренція [4]). Такимъ образомъ, сомнѣнія относительно наличности интереса могутъ возникать во Франціи только по отношенію къ искамъ, возбуждаемымъ потребителями даннаго продукта. Но и по отношенію къ нимъ большинство французскихъ комментаторовъ

[1]) Grenoble, 3 августа 1892, Mainié, II, стр. 116.
[2]) Seine, 24 мая 1878, Mainié, II, стр. 115—116.
[3]) Seine, 13 декабря 1860, ibid., стр. 115.
[4]) Paris, 28 мая 1867, ibid.

высказывается утвердительно, признавая, слѣдовательно, у нихъ наличность интереса во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда они пріобрѣтаютъ патентованный продуктъ для потребностей своего собственнаго производства [1]). Одинъ только simple particulier лишенъ во Франціи права иска: хотя, разсуждая послѣдовательно, нѣтъ разумныхъ основаній для того, чтобы отрицать наличность его интереса покупать дешевый продуктъ вмѣсто дорогого патентованнаго.

Въ группѣ законодательствъ, не оговаривающихъ спеціально необходимости имѣть юридическій интересъ, типичными являются Италія и Германія. Несмотря на это, комментаторы и въ Италіи [2]), и въ Германіи [3]) стоятъ на той же точкѣ зрѣнія, что и во Франціи.

ad b. Искъ о признаніи патента ничтожнымъ долженъ быть вчиненъ въ общихъ гражданскихъ судебныхъ установленіяхъ и, притомъ, въ очень краткій срокъ (2 года со дня обнародованія патента, ст. 26).

Постановленіе о двухлѣтнемъ срокѣ — одна изъ самыхъ неудачныхъ, если не самая неудачная во всемъ Положеніи норма—заимствовано было изъ нѣмецкаго закона 1891 года и мотивировалось слѣдующаго рода соображеніями [4]): «Ограниченіе права оспаривать и, какъ слѣдствіе этого, прекращать по суду привилегіи представляется имѣющимъ дѣйствительное значеніе съ точки зрѣнія распространенія изобрѣтеній и успѣховъ промышленности. Въ самомъ дѣлѣ, на практикѣ весьма возможны случаи оспариванія привилегій, предвидѣть которые не представляется никакихъ данныхъ. Эта-то возможность и не даетъ увѣренности какъ изобрѣтателю, такъ и капиталисту, пожелавшему эксплоатировать привилегію, въ прочности правъ владѣнія ею; отсюда проистекаетъ извѣстная боязнь затрачивать капиталы въ предпріятіе, будущность коего не вполнѣ

[1]) Mainié, II, стр. 123—124 и цит. у него
[2]) Bosio, стр. 311 и сл.
[3]) Kohler, op. cit., стр. 377.
[4]) Мотивы, стр. 150.

гарантирована отъ случайностей. Совершенное воспрещеніе оспаривать принадлежность и правильность выдачи привилегій нельзя признать основательнымъ, вслѣдствіе всегда возможныхъ ошибокъ со стороны выдающаго привилегіи учрежденія, за неимѣніемъ средствъ точно установить принадлежность каждаго изобрѣтенія и его извѣстность или эксплоатацію кѣмъ-либо. Съ другой стороны, по прошествіи извѣстнаго, притомъ довольно большаго срока со дня выдачи привилегіи, подобнаго рода заявленіе представляется вообще мало вѣроятнымъ, если только просьба о прекращеніи привилегіи не будетъ заявлена злоумышленно, для достиженія какихъ либо цѣлей. Въ германскомъ законѣ о привилегіяхъ установлены подобныя же правила, и опытъ указываетъ на ихъ практичность».

По поводу этой мотивировки позволю себѣ замѣтить слѣдующее. Во-первыхъ въ германскомъ законѣ, въ которомъ, будто бы, «установлены подобныя же правила», имѣется, въ статьѣ 28-ой, срокъ въ $2^1/_2$ раза большій, чѣмъ тотъ, который установленъ статьею 26-ою (5 лѣтъ, а не 2 года, что̀ можетъ имѣть колоссальное практическое значеніе; см. ниже). Во-вторыхъ, въ томъ же законѣ, пятилѣтняя давность установлена только для тѣхъ исковъ о ничтожности, которые основаны на ст. 10, п. 1 (т.-е. на отсутствіи новизны или патентоспособности); у насъ же, черезъ два года, запрещены всѣ иски безъ различія. Такимъ образомъ получается, что нѣмецкій законъ имѣетъ нѣкоторое разумное основаніе [1]): наше же Положеніе, воспроизведя нѣмецкую ст. 28-ую въ гораздо болѣе грубой формѣ, лишило ее этого послѣдняго; въ самомъ дѣлѣ, если предположить, что Комитетъ, по ошибкѣ, выдалъ привилегію второму изъ двухъ разновременныхъ заявителей (ср. ст. 15), то окажется, что

[1]) Изъ мотивовъ его можно усмотрѣть, что пятилѣтняя давность введена была потому, что понятія новизны и существенности могутъ, съ теченіемъ времени, подвергаться сильнымъ колебаніямъ (ср. томъ I, стр. 429): поэтому, права патентодержателя становились бы съ теченіемъ времени все менѣе и менѣе вѣрными.

по истеченіи двухъ лѣтъ первый заявитель, можетъ быть, вовсе еще и не получившій своего патента, будетъ лишенъ возможности уничтожить патентъ конкуррента. Въ третьихъ: мотивы утверждаютъ, что въ Германіи «опытъ указываетъ на практичность» правилъ о пятилѣтней давности. Я не знаю, гдѣ мотивы взяли матеріалы для такого утвержденія. Насколько мнѣ извѣстна нѣмецкая литература, въ ней, кромѣ одного единственнаго исключенія [1]), проходитъ какъ бы единый стонъ по поводу ст. 28-й [2]). При редактированіи новаго австрійскаго закона (1897 года), поэтому, прежде всего была отмѣчена необходимость не воспроизводить неудачнаго постановленія ст. 28-ой.

Итакъ, копируя нѣмецкій законъ, авторы Положенія 1896 года усугубили вредное значеніе краткой давности тѣмъ, что, съ одной стороны, сократили ее больше чѣмъ вдвое, а съ другой—распространили ее на всѣ иски объ уничтоженіи [3]). Въ результатѣ же получается нынѣ совершенно нестерпимое положеніе, которое сознается заинтересованными лицами, какъ нѣкоторый юридическій скандалъ. Въ самомъ дѣлѣ, достаточно патентодержателю «притулиться» и съумѣть не обратить на себя вниманія въ теченіе двухъ лѣтъ; достаточно ему пожертвовать двумя годами изъ пятнадцати и не преслѣдовать конкуррентовъ тотчасъ по полученіи патента—для того, чтобы черезъ два года его привилегія сдѣлалась несокрушимою и неоспоримою. Можно будетъ имѣть въ рукахъ другой русскій патентъ, ранѣе выданный на то же самое изобрѣтеніе—и все-таки прошедшая двухлѣтній искусъ привилегія останется въ силѣ Не трудно

---

[1]) Да и то со стороны автора, писавшаго до изданія закона 1891 года: H. Robolski, Theorie und Praxis etc., Berlin, 1890, стр. 175—176.

[2]) Напримѣръ, въ Gutachten über die vom K. K. Handelsministerium veröffentlichen Entwürfe eines Patentgesetzes etc., Wien, 1894, Brunstein, стр. 387 — 388; Kohler, стр. 447; Meili, стр. 454. — Ср. также A. Bolze, Entwurf einer Patent-Novelle, Leipzig, 1890, стр. 1—65: „Die Unanfechtbarkeit der Patente".

[3]) Какъ извѣстно, послѣдняя точка ст. 26-й не имѣетъ юридическаго содержанія. Ср. томъ I, стр. 407.

представить себѣ, какія злоупотребленія могутъ быть соединены съ разбираемой нормой. Уничтоженіе ея является, поэтому, настоятельною необходимостью [1]).

ad c. Искъ объ уничтоженіи патента, конечно, долженъ быть предъявленъ къ держателю этого патента. Вопросъ о томъ, кто именно является держателемъ патента (въ особенности, въ случаяхъ передачи), а также о томъ, какъ опредѣляются взаимныя отношенія нѣсколькихъ патентодержателей, — будетъ разсмотрѣнъ ниже [2]).

Значеніе состоявшагося рѣшенія о признаніи патента ничтожнымъ является абсолютнымъ; наше законодательство не знаетъ понятія nullité entre parties, существующей во Франціи и, практически, почти сводящейся къ абсолютной ничтожности.

Патентъ, признанный ничтожнымъ, долженъ быть разсматриваемъ какъ никогда не существовавшій: поэтому, напримѣръ, наказуемость дѣяній, совершенныхъ хотя бы и до момента постановленія рѣшенія, — отпадаетъ ipso facto.

---

[1]) По странному недоразумѣнію, г. Катковъ, всюду ищущій средствъ борьбы съ эвентуальными кознями патентодержателей,—относится къ двухлѣтней давности съ большою похвалою: „При этихъ условіяхъ, большою мудростью законодателя было ограниченіе споровъ двухлѣтнимъ срокомъ“ (op. cit., стр. 166).

[2]) См. Книга III, глава 1, passim.

КНИГА ТРЕТЬЯ.

Право изъ патента.

ГЛАВА I.

Субъектъ правъ изъ патента.

I. § 150. Постановка вопроса.

II. Со-собственники патента. § 151. Отношенія со-собственниковъ патента. § 152. Конструкція этого отношенія.

III. Передача патента. § 153. Историческая справка. § 154. Схема изложенія. § 155. Значеніе публикацій. § 156. Субъектъ сдѣлки. § 157. Объектъ сдѣлки. § 158. Права и обязанности сторонъ. § 159. Выводы.

I.

§ 150. Субъектомъ правъ, проистекающихъ изъ патента, является его держатель. Или точнѣе: тотъ, на чье имя написанъ выданный патентъ, доколѣ онъ не передастъ своихъ правъ, установленнымъ порядкомъ, кому либо другому.

О способахъ совершенія такихъ передачъ будетъ изложено ниже, въ отдѣлѣ третьемъ [1]). Раньше же мнѣ надлежитъ разсмотрѣть вопросъ о самомъ держателѣ. Таковымъ можетъ быть или одно, или нѣсколько лицъ. Первый случай не возбуждаетъ сомнѣній. Второй же заслуживаетъ детальнаго анализа.

---

[1]) См. §§ 153—159.

II.

§ 151. Патентъ можетъ быть выданъ коллективно нѣсколькимъ лицамъ: примѣровъ изъ практики отдѣла промышленности можно привести сотни [напр., патенты №№ 621 (трое), 591 (двое), 1190 (пять человѣкъ), 778 (двое), 884 (трое) и т. д.]. Если между такими содержателями патента имѣется договоръ, то этимъ послѣднимъ всѣ отношенія товарищей и регулируются. Но какъ поступить, если договора нѣтъ?

Всякій патентъ есть вещь недѣлимая. Поэтому, всякое отчужденіе его не можетъ быть совершено, примѣнительно къ ст. 548 т. X, ч. 1, иначе какъ по единогласному постановленію всѣхъ со-собственниковъ. При отчужденіи «жеребья», остальные товарищи имѣютъ право преимущественной покупки.

Затрудненія возникаютъ при регулированіи права пользованія общимъ патентомъ. Въ небольшой замѣткѣ, помѣщенной мною въ «Правѣ» [1]), я исходилъ изъ аналогіи со ст. 546—547 т. X, ч. 1 и предполагалъ, что право пользованія общимъ патентомъ должно совершаться также по общему согласію, т.-е. допускалъ, что каждый индивидуальный товарищъ—если нѣтъ договора—можетъ запретить каждому другому товарищу и всѣмъ остальнымъ, взятымъ вмѣстѣ, не только отчужденіе патента, но и фабрикацію на основаніи патентнаго описанія

Противъ такого рѣшенія вопроса мнѣ было сдѣлано, въ частныхъ разговорахъ, очень много возраженій. Главная трудность разбираемаго казуса заключается въ томъ, что если три лица получили сообща патентъ и не обезпечили себя заключеніемъ договора, то предоставленіе абсолютнаго права запрещенія каждому изъ нихъ является просто средствомъ для вымогательства. И притомъ, указанная конструкція имѣетъ

---

[1]) Право, 1900, № 50: „О передачѣ права эксплоатировать привилегію“.

еще ту крайне вредную тенденцію, что она явнымъ образомъ становится на сторону инертнаго субъекта и противъ его дѣятельнаго, энергичнаго товарища. Указанная конструкція явно покровительствуетъ принципамъ «собаки, лежащей на сѣнѣ»; принципамъ «вкладыванія палокъ въ чужія колеса». Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что одинъ изъ товарищей соглашается посвятить всю свою энергію и капиталъ на развитіе эксплоатаціи даннаго изобрѣтенія; другой можетъ—благодаря указанной конструкціи—пассивно мѣшать ему до тѣхъ поръ, пока первый не согласится уплатить ему механическую «половину». Законъ, очевидно, не можетъ и не долженъ содѣйствовать подобнымъ индивидамъ, въ виду ихъ крайне вреднаго, съ соціальной точки зрѣнія, направленія. Конечно, мыслимы палліативы: Сенатъ указываетъ (гражд. касс., 273/80), что «въ общей собственности каждый соучастникъ имѣетъ свое самостоятельное право, ограждаемое закономъ отъ всякаго ущерба, и потому другой соучастникъ, хотя и по праву отказываетъ въ своемъ согласіи на извѣстное распоряженіе общимъ имуществомъ, потому именно и долженъ отвѣчать за этотъ отказъ, въ случаѣ невыгодности онаго для общаго имущества, что отказъ сей ограничиваетъ право остальныхъ соучастниковъ на извлеченіе подлежащей выгоды изъ собственности; поэтому, къ спорамъ этого рода вполнѣ примѣнима ст. 684...» Однако, отыскиваніе убытковъ, вообще, не сладкая вещь, въ особенности, если «лежащій на сѣнѣ» голъ, какъ соколъ; въ данномъ же случаѣ оно звучало бы просто насмѣшкой, ибо какъ доказать величину убытка, понесеннаго благодаря инертности отвѣтчика: вѣдь прибыль, которую можно было бы получить отъ эксплоатаціи столь невѣрной вещи, какъ новый патентъ, не поддается учету; пошла мода на данное изобрѣтеніе—возьми милліонъ, не пошла—убытки. А кто возьмется ex post сказать, «пошла»-ли бы мода?—Французы предлагаютъ другой палліативъ: пусть каждый фабрикуетъ свободно, но уплачиваетъ

товарищу «соразмѣрную» долю. Этотъ палліативъ, пожалуй, еще хуже перваго: не даромъ комментаторы прибавляютъ, что при опредѣленіи этой доли, «нужно строго различать доходъ, приходящійся на долю монополянта, какъ такового,— отъ того, который является вознагражденіемъ за личные труды или за единолично вложенный капиталъ [1])». Я думаю, что самъ Миносъ не взялся бы рѣшить этой задачи по отношенію къ эксплоатаціи изобрѣтеній, т-е. по отношенію къ такому дѣлу, которое цѣликомъ зависитъ отъ личнаго такта, энергіи и умѣнья.

Всѣ приведенныя соображенія показались мнѣ весьма серьезными. А такъ какъ первоначальное мое рѣшеніе было основано исключительно на аналогіи съ матеріальною собственностью, т.-е. на (методологически) ошибочномъ пріемѣ (вліяніе теоріи propriété industrielle, столь вредное для развитія дисциплины патентнаго права, приходится находить даже въ собственныхъ своихъ работахъ!)—то я и сталъ колебаться. Обратившись за разрѣшеніемъ своихъ сомнѣній къ источнику всей патентной мудрости, къ подлиннымъ англійскимъ и американскимъ судебнымъ рѣшеніямъ по патентному праву, я, къ крайнему своему удовольствію, нашелъ въ нихъ именно то, чего ожидалъ: рѣшеніе въ смыслѣ моихъ оппонентовъ, впрочемъ, облеченное въ весьма слабую, съ юридической точки зрѣнія, форму. Но отъ англо-сакса и требовать бо̀льшаго нельзя: пусть онъ своимъ геніальнымъ инстинктомъ указываетъ намъ дѣловое рѣшеніе—а діалектику мы найдемъ и сами... Не даромъ прекрасный анекдотъ гласитъ, что лордъ Рэссель, напутствуя англичанина, назначеннаго въ Индію на такой постъ, гдѣ приходилось судить туземцевъ по туземнымъ обычаямъ, говорилъ ему: «о знаніи этихъ обычаевъ вы не безпокойтесь; рѣшайте дѣла по указаніямъ вашего сердца, отнюдь никогда не мотивируйте ихъ,—и все обойдется благополучно».

---

[1]) Mainié, Traité, I, стр. 425.

Но что же говорятъ американцы и англичане?

Robinson [1]) цитируетъ мнѣніе судьи Granworth'a, высказанное въ дѣлѣ Mathers v. Green: «Право, гарантируемое патентомъ, есть право исключать всѣхъ третьихъ лицъ отъ фабрикаціи даннаго продукта. Но патентъ не содержитъ такого же исключенія по отношенію и къ его со-собственникамъ. Невозможность (inability) для со-держателей патента фабриковать (индивидуально) данное изобрѣтеніе,—если, вообще, такая невозможность существуетъ—можетъ обрѣтаться лишь внѣ патента. И сколько я ни искалъ, я не нашелъ постановленія закона, которое—внѣ патента или частнаго соглашенія—запрещало бы данному лицу фабриковать какое угодно изобрѣтеніе. Подразумѣвать же подобное (молчаливое) соглашеніе между со-держателями патента нѣтъ ни малѣйшихъ основаній. Фикція такого молчаливаго соглашенія дозволяла бы каждому изъ со-держателей или вовсе запретить фабрикацію даннаго изобрѣтенія, или облагать произвольною данью своихъ товарищей...» Т.-е., говоря словами самаго Robinson'a [2]), «each joint-owner individually possesses the subordinate rights (т.-е. make, sell и use) embraced in the invention».

Такимъ образомъ, рѣшеніе американцевъ всецѣло становится за свободу каждаго товарища эксплоатировать патентъ, не испрашивая разрѣшенія у остальныхъ его со-держателей [3]).

Я уже указалъ выше, что форма, въ которой излагается у американцевъ приведенная теорія, является изъ рукъ вонъ плохою. И я не сталъ бы даже останавливаться на разсмотрѣніи ея, если бы подобный критическій анализъ не имѣлъ бы нѣкоторой цѣнности по побочнымъ соображеніямъ: 1) онъ позволитъ мнѣ

---

[1]) Law of patents, II, стр. 568 и 569.

[2]) Ibid., стр. 567.

[3]) Повидимому, то же рѣшеніе даютъ и англичане, ср. Owen, On Joint-Ownership in Patents, въ Proceedings of the Institute, VIII, стр. 157 — 171, 171—179 и 188—203.

лишній разъ подчеркнуть одну принципіальную ошибку общей конструкціи патентнаго права, еще упорно держащуюся въ литературѣ, и 2) онъ составитъ естественное введеніе къ моему догматическому изложенію данной контроверзы.

Robinson конструируетъ указанную выше теорію слѣдующимъ образомъ. Сущность патентной собственности—говоритъ онъ—должна быть раскладываема на два элемента: 1) положительный, т.-е. право фабриковать данное изобрѣтеніе, право возникающее какъ слѣдствіе личнаго творческаго акта (property in the invention itself), и 2) отрицательный, т.-е. право запрещать третьимъ лицамъ фабрикацію того же изобрѣтенія, возникающее, какъ слѣдствіе спеціальнаго правительственнаго запрещенія (monopoly) [1]. Мыслимо—разсуждаетъ затѣмъ Robinson,—требовать взаимнаго соглашенія товарищей относительно каждаго изъ этихъ двухъ элементовъ въ отдѣльности. Но на практикѣ индивидуальное распоряженіе вторымъ элементомъ (отрицательнымъ, т.-е. монополіей), повлекло бы созданіе нѣсколькихъ самостоятельныхъ правъ запрещенія вмѣсто одного единичнаго патента: одинъ изъ товарищей началъ бы запрещать, а другой отказывать;—или одну и ту же контрафакцію два товарища стали бы разсматривать, какъ два самостоятельныя нарушенія ихъ двухъ монополій. Поэтому, говоритъ Robinson [2], суды,—за нѣкоторыми случайными исключеніями,—требуютъ солидарнаго пользованія монополіей. Что же касается права фабриковать (property), то суды—съ не меньшею послѣдовательностью—присваиваютъ это право каждому изъ сотоварищей индивидуально [3].

На первый взглядъ, казалось бы, что приведенная конструкція не представляетъ ничего особенно искаженнаго. Однако, всмотримся въ нее глубже. Если

[1]) Ibid, стр. 553.
[2]) Ibid, стр. 565.
[3]) Ibid, стр. 565—567.

каждый изъ сотоварищей имѣетъ положительное право фабриковать, и, притомъ, если каждый изъ нихъ владѣетъ этимъ правомъ индивидуально, то необходимо признать, какъ логическое слѣдствіе, что каждый сотоварищъ можетъ, не спрашивая согласія компаніоновъ,—отчуждать это свое право. Можно пойти даже дальше, не выходя изъ рамокъ строго логическихъ консеквенцій. Если каждый товарищъ имѣетъ право фабриковать, не спрашивая компаніоновъ, сколько ему угодно экземпляровъ изобрѣтенія, то онъ, очевидно, это свое право можетъ отчуждать нѣсколькимъ лицамъ по частямъ. А такъ какъ его право фабриковать, юридически, безконечно велико, то, значитъ, продавая 10-ти лицамъ каждому по $^1/_{10}$ своего права, онъ, фактически, можетъ отчудить каждому изъ нихъ безграничное право фабриковать [1]).

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ невозможному результату. Исходя изъ посылки, что правомъ запрещенія могутъ распоряжаться лишь всѣ товарищи солидарно, а правомъ фабрикаціи—каждый изъ нихъ индивидуально, мы логическими консеквенціями пришли къ выводу, изъ коего ясна полнѣйшая невозможность согласовать эти посылки. Допуская обѣ посылки вмѣстѣ, мы необходимо приходимъ къ абсурду. Третьему лицу безразлично, получитъ ли оно право фабрикаціи какъ передачу положительнаго индивидуальнаго права одного изъ товарищей,—или какъ солидарное освобожденіе отъ обязанностей, возлагаемыхъ на всякое третье лицо монополіею. Экономическій результатъ въ обоихъ случаяхъ, вѣдь, получается одинъ и тотъ же: третье лицо можетъ фабриковать. А между тѣмъ, мы предполагали, что согласіе товарищей необходимо лишь въ томъ случаѣ, если указанная сдѣлка будетъ совершена по отрицательной схемѣ (освобожденіе отъ узъ монополіи), но отнюдь не въ томъ случаѣ, если она будетъ совершена по положительной схемѣ (передача права фабрикаціи).

---

[1]) По формулѣ $\infty : 10 = \infty$.

Чувствуя дикость такого результата, Robinson старается найти выходъ. «Однако, говоритъ онъ [1]), нельзя разрѣшить одному изъ со-собственниковъ продавать право фабрикаціи нѣсколькимъ третьимъ лицамъ, а лишь одному единственному (?), ибо увеличивая число лицъ, могущихъ фабриковать изобрѣтеніе, такой со-собственникъ можетъ значительно уменьшить или даже вовсе уничтожить цѣнность монополіи». Достаточно процитировать это рѣшеніе для того, чтобы ясны были его недостатки: юридически немыслимо провести разницу между продажей даннаго предмета въ собственность одному лицу или двадцати пяти [2]); а экономически — со-собственникъ, продавшій свое право фабрикаціи одной колоссальной акціонерной компаніи, можетъ больше обезцѣнить монополію, чѣмъ продавая (даже послѣдовательно) то же право тремъ мелкимъ ремесленникамъ.

Такимъ образомъ, указанныя послѣдствія, какъ бы, подтверждаютъ невозможность предоставить каждому товарищу индивидуальное право фабриковать изобрѣтѣніе, т.-е. подтверждаютъ мою первоначальную гипотезу. Несмотря однако, на это, мнѣ кажется, что гипотеза моихъ противниковъ (индивидуальная фабрикація), все-таки, вѣрна;—что ее, все-таки, можно послѣдовательно сконструировать и, послѣдовательно сконструировавъ, освободить отъ абсурдныхъ выводовъ. Дальнѣйшее изложеніе и представляетъ попытку такой конструкціи, причемъ къ нѣкоторой кажущейся схоластичности этого изложенія я прошу не относиться слишкомъ строго: я предлагаю его читателямъ не какъ самодовлѣющее остроумничанье, а какъ иллюстрацію къ одной изъ труднѣйшихъ проблемъ общей теоріи права.

§ 152. Всякому юристу извѣстна знаменитая контроверза, ведомая вокругъ опредѣленія сущности абсолют-

---

[1]) Ibid., стр. 567.

[2]) Американская практика послѣдовательно признаетъ право товарища самостоятельно выдавать третьимъ лицамъ разрѣшенія работать!

ныхъ правъ. Нужно ли понимать собственность, какъ положительное право user et abuser de la chose (C. C., art. 544),—или же только какъ отрицательное запрещеніе, обращенное къ третьимъ лицамъ и не позволяющее имъ вторгаться въ сферу воздѣйствія управомоченнаго на данную вещь? Есть ли собственность—великая сумма различныхъ правъ на вещь, или же только право по отношенію къ третьимъ лицамъ, возникшее по поводу данной вещи? И, съ другой стороны: можно ли понимать всѣ абсолютныя политическія права, какъ дѣйствительно позитивное предоставленіе государствомъ права собираться, права обсуждать, права петиціонировать и т. д.—или же только какъ совокупность мѣръ, ограждающихъ гражданъ отъ вторженія въ сферу ихъ свободы (негативная конструкція)?—Обыкновенно, рѣшеніе этой проблемы затрудняется тѣмъ, что фактическій результатъ оказывается одинаковымъ въ обѣихъ конструкціяхъ: предоставятъ ли мнѣ право гулять по саду и издадутъ ли соотвѣтствующее запрещеніе, какъ рефлексъ этого права, или, наоборотъ, дадутъ ли мнѣ возможность запрещать постороннимъ лицамъ гулять по данному моему саду и тѣмъ создадутъ, какъ рефлексъ, квалифицированную возможность solo-гулянья по саду,—для меня является безразличнымъ. Мнѣ все равно, какъ будутъ конструировать мое solo-гулянье; лишь бы не касались самаго права.

И вотъ я думаю, что разобранная выше патентная дилемма о со-держателяхъ патента позволяетъ внести нѣкоторый новый лучъ свѣта и въ контроверзу о существѣ абсолютныхъ правъ.

Въ самомъ дѣлѣ. Указанная контроверза о сущности абсолютныхъ правъ позволяетъ намъ прежде всего утверждать, по аналогіи, что американцы неправы, конструируя патентное право сразу по двумъ схемамъ: и какъ позитивное право фабриковать, и какъ негативное право запрещать. Очевидно, что одно изъ этихъ «правъ» должно быть рефлексомъ другого. Приведенный выше

абсурдный результатъ именно отъ того и получился, что одно и то же правомочіе было сконструировано дважды, оба раза какъ «право» — и, вдобавокъ еще, каждое изъ этихъ правъ было предоставлено въ распоряженіе разныхъ лицъ. Патентъ можно понимать или какъ запрещеніе, съ рефлексомъ квалифицированной (монопольной) фабрикаціи,—или какъ дозволеніе фабриковать, усиленное спеціальною нормою объ «исключительности». Во всякомъ случаѣ, тотъ, кто распоряжется правомъ, распоряжается и его рефлексомъ.

Но, затѣмъ, возникаетъ второй главный вопросъ: который же именно изъ двухъ указанныхъ элементовъ — въ виду только что изложенной необходимости остановиться на чемъ-нибудь одномъ—который, слѣдовательно, изъ элементовъ (позитивный или негативный) примемъ мы за принципъ патентной защиты, а который—за рефлексъ?

Отмѣчу, что этотъ вопросъ совершенно аналогиченъ вопросу: которая изъ двухъ сторонъ копейки лицевая, а которая—оборотная? Этотъ вопросъ, поэтому, можетъ быть рѣшаемъ лишь съ точки зрѣнія конструкціонно-техническихъ удобствъ: тотъ отвѣтъ правиленъ, который позволяетъ намъ дать объясненіе наибольшему количеству наблюдаемыхъ фактовъ.

Мы имѣемъ налицо фактъ: американская судебная практика дозволяетъ индивидуальную фабрикацію при солидарной монополизаціи. Которая изъ двухъ предложенныхъ конструкцій позволяетъ наиболѣе элегантно сконструировать этотъ фактъ? Я утверждаю: негативная [1]). Я утверждаю больше: позитивная конструкція не даетъ возможности сконструировать этотъ фактъ, не прибѣгая къ многочисленнымъ фикціямъ (предлагаю любителямъ—провѣрить).

По негативной же схемѣ конструировать надо такъ. Патентъ даетъ право запрещать третьимъ лицамъ фа-

[1]) О противоположеніи этихъ двухъ конструкцій, см. подробности въ Послѣсловіи. IV.

брикацію даннаго изобрѣтенія. Слѣдовательно, его сущность сводится къ особому негативному правомочію, увеличивающему экономическую цѣнность той свободы что̀ угодно фабриковать, которая нынѣ (послѣ отмѣны цеховъ) признана во всѣхъ цивилизованныхъ государствахъ. Сотоварищи по владѣнію общимъ патентомъ солидарно обладаютъ, значитъ, правомъ запрещать фабрикацію даннаго изобрѣтенія. Никакое экономическое использованіе этого права запрещенія не можетъ быть совершаемо иначе, какъ по взаимному согласію.

Но разсуждаемъ дальше. Экономическое использованіе запрещенія можетъ быть совершаемо товарищами двояко: они могутъ или осуществлять его по отношенію къ третьимъ лицамъ (т.-е. запрещать имъ фабриковать, дабы создать себѣ положеніе монополянтовъ)— или же могутъ отказываться (за плату) отъ наложеннаго запрещенія по отношенію къ нѣкоторымъ изъ нихъ (т.-е. дозволяя имъ фабриковать).

Прежде чѣмъ начать по общему согласію разрѣшать, надо сначала по общему согласію запретить.

Этотъ тезисъ даетъ намъ разгадку всей контроверзы. Получая патентъ на общее имя, товарищи должны быть презюмируемы уже пожелавшими запрещать фабрикацію всѣмъ третьимъ лицамъ: если N не хотѣлъ бы запретить третьимъ лицамъ фабрикацію даннаго продукта, то онъ не сталъ бы (хотя бы и въ компаніи съ A и B) просить о выдачѣ ему патента. Патентъ не имѣетъ raison d'être для нежелающаго запрещать; испрашиваніе его, какъ конклюдентное дѣйствіе, свидѣтельствуетъ о наличности такого желанія.

Слѣдовательно, полученіе патента на общее имя создаетъ status запрещенія. Для того, чтобы измѣнить его, для того, чтобы снять съ третьяго лица X наложенное уже по общему согласію запрещеніе,—необходимо новое общее соглашеніе. Монополизація осуществляется солидарно.

Совсѣмъ не таково положеніе сотоварища. Сказать,

что взятіе патента на общее имя создастъ презумпцію намѣренія запретить фабрикацію самому себѣ—совершенно невозможно. Изъ того, что я взялъ компаніона, внесшаго пошлины, на уплату каковыхъ у меня не было денегъ,—презюмировать, что я желалъ ограничить свою собственную свободу фабрикаціи, еще невозможно. Это обстоятельство должно быть доказываемо особо. А до тѣхъ поръ, пока моя воля запретить самому себѣ не доказана (напр., наличностью соотвѣтствующаго договора)—остальные мои товарищи не могутъ привести въ дѣйствіе дарованное имъ право запрещенія, ибо имъ не хватаетъ, для «общаго согласія», — какъ разъ одного голоса (моего!). Внѣ договора они не могутъ запретить мнѣ индивидуальную фабрикацію, ибо они не въ состояніи привести въ дѣйствіе запрета. Фабрикація производится индивидуально.

Изъ этихъ тезисовъ возникаетъ и важное слѣдствіе. Пока я не согласился на то, чтобы запретъ былъ наложенъ на меня,—я сохраняю свою «естественную» свободу фабрикаціи. Такъ же какъ я могу пѣть, ходить, разговаривать и думать—я могу фабриковать тотъ продуктъ, одинъ изъ монополизаторовъ котораго (я самъ!) не согласился наложить на меня запретъ. Но подобно тому, какъ я не могу переуступить своей естественной свободы гулять по общественной дорогѣ третьему лицу,—я не могу уступить и своей свободы фабриковать: ни нѣсколькимъ лицамъ, ни даже одному единственному, какъ предлагаетъ Robinson. Моя фабрикація не есть право, а только возможность: мнѣ, слѣдовательно, нечего продать третьему лицу. А третьему лицу нечего у меня купить: естественная свобода у него имѣется такая же, какъ у меня; ему важно освободиться отъ запрета; а этого освобожденія я не могу ему доставить, ибо запретъ наложенъ всѣми сотоварищами и только всѣми и можетъ быть снятъ.

Отсюда вытекаетъ важная поправка къ Robinson'овской теоріи, изложенной мною выше (стр. 32). Каждый сотоварищъ имѣетъ право фабрикаціи; но право это

строго индивидуально и не отчуждаемо. Въ такой формѣ эту теорію, повидимому, можно и принять [1]).

III.

§ 153. Субъектомъ патентнаго права не всегда является одно и то же конкретное лицо, на всемъ протяженіи патентнаго срока. Перемѣна въ лицѣ носителя патентныхъ правъ совершается путемъ передачи ихъ, или, какъ обыкновенно говорятъ, путемъ купли-продажи патента [2]).

Въ настоящее время возможность свободной передачи патента представляется намъ, какъ бы, сама собою разумѣющеюся. Однако, эта свобода есть явленіе лишь новѣйшаго времени, добытое путемъ долгой борьбы: у насъ въ Россіи, напримѣръ, вплоть до 1896 г., полной свободы передачи не существовало (см. стр. 38).

Объяснить ограниченія въ свободѣ передачи патентовъ или даже полное отрицаніе этой свободы—довольно легко: стоитъ только вспомнить отличіе основной идеи прежнихъ патентовъ. Всѣ старые патенты выдавались по факультативной конструкціи, т.-е. по свободному усмотрѣнію правительства или короля [3]). Но если выдача есть свободный актъ, то, значитъ, нѣтъ возможности опредѣлить апріорно, какими, именно, соображеніями руководился тотъ, кто выдавалъ патентъ: нельзя, въ особенности, опредѣлить, не входили ли, какъ рѣшающій моментъ, и соображенія чисто личной симпатіи къ просителю. Факультативный патентъ могъ быть выданъ потому, что король считалъ нужнымъ посодѣйствовать развитію дѣятельности, именно, даннаго лица: и въ такомъ случаѣ могло казаться невозможнымъ дозволить этому лицу тотчасъ же продать свой патентъ постороннимъ людямъ. Вѣдь, не позволено же торго-

[1]) Параграфы 151—152 были напечатаны въ „Правѣ", 1901 г., № 40.

[2]) E. Delhumeau, De la cession en matière de propriété industrielle, littéraire et artistique, Poitiers, 1889.

[3]) См. томъ I, § 24.

вать чисто-личнымъ и строго-факультативнымъ помилованіемъ? И не дозволяютъ же носителю ордена уступать таковой любителямъ за деньги!

Совершенно въ томъ же смыслѣ, датская старая практика [1]) требовала, чтобы продажа патента совершалась въ слѣдующей формѣ: продавецъ долженъ былъ обратиться въ подлежащее министерство съ прошеніемъ о выдачѣ покупателю новаго патента на остатокъ времени, приходившійся на долю стараго патента. Бельгійскій законъ 1817 года исходилъ изъ той же тенденціи, но упрощалъ дѣлопроизводство: онъ требовалъ предварительнаго королевскаго разрѣшенія на передачу патента. Еще дальше шелъ Сардинскій законъ 1826 г. (ст. 16): онъ довольствовался послѣдующимъ согласіемъ короля на совершившуюся передачу.

У насъ въ Россіи отзвукомъ старыхъ идей являлась, до 1896 г., ст. 193 уст. о пром., гласившая, что «получившій привилегію не вправѣ вступать въ товарищество по оной съ компаніею на акціяхъ, ни передать привилегіи такой компаніи, безъ особеннаго на то дозволенія правительства [2])». Очевидно, что законъ находилъ невозможнымъ выдавать монополіи на однихъ и тѣхъ же основаніяхъ и скромнымъ индивидамъ, и тѣмъ загадочно-хищнымъ чудовищамъ, которыя ввезены были изъ-границы подъ названіемъ акціонерныхъ компаній: для того, чтобы дать монополію такой компаніи, нужно было констатировать наличность спеціальныхъ побудительныхъ причинъ. Тенденція чистой факультативности-произвола.

Съ переходомъ законовъ къ облигаторной конструкціи начинается и отпаденіе всѣхъ ограниченій права передачи: если облигаторный принципъ именно въ томъ и заключается, что условія выдачи нивеллируются и приводятся къ единому типу, то очевидно, что индивиду-

[1]) E. Stolle, Patentgesetzgebung, стр. 58.

[2]) Заимствовано, очевидно, изъ ст. 14 франц. закона 1791 г.; ср. фр. законъ 25 ноября 1806 года.

ально-личныя соображенія должны стушевываться. При наличности извѣстныхъ, объективированныхъ условій, патентъ выдается какому угодно просителю: слѣдовательно, разъ выданный патентъ можетъ перейти въ чьи угодно руки.

§ 154. Въ настоящее время передача патентовъ регулируется въ Россіи ст. 22, п. 2 и ст. 25 Положенія, гласящими:

«22. Получившій привилегію... можетъ... 2) отчуждать самую привилегію на весь срокъ ея дѣйствія или на часть сего срока».

«25. Въ случаѣ отчужденія привилегіи (п. 2, ст. 22), о семъ должно быть доведено до свѣдѣнія департамента торговли и мануфактуръ, съ представленіемъ документовъ, удостовѣряющихъ совершеніе передачи. Департаментъ дѣлаетъ публикацію о переходѣ правъ на привилегію въ указанныхъ въ ст. 7 вѣдомостяхъ за счетъ заявителя».

При анализѣ института передачи патентовъ, устанавливаемаго приведенными двумя статьями, главныя сомнѣнія возникаютъ по слѣдующимъ вопросамъ:

А. Каково гражданско-правовое значеніе «опубликованія въ Вѣдомостяхъ»? (форма).

Б. Кто управомоченъ для совершенія передачи? (субъектъ).

В. Что́ можно передавать? (объектъ).

Г. Каковы права и обязанности, соотвѣтственно, покупателя и продавца? (содержаніе).

§ 155. Статья 25-ая указываетъ лишь, что́ долженъ заявить продавецъ и что̀ «дѣлаетъ» затѣмъ департаментъ. Со свойственною нашему Положенію безпечностью, оно проходитъ абсолютнымъ молчаніемъ: что̀ же выйдетъ—въ смыслѣ юридическихъ послѣдствій—изъ того, что департаментъ «сдѣлаетъ за счетъ заявителя публикацію» въ Правительственномъ Вѣстникѣ [1])?

[1]) Замѣчу, что и „мотивы“ хранятъ по этому вопросу абсолютное молчаніе.

А между тѣмъ, эти послѣдствія возможно мыслить не менѣе какъ въ трехъ весьма несхожихъ формахъ.

1-ая система. Опубликованіе можетъ имѣть характеръ простого извѣщенія. О ненайденныхъ преступникахъ дѣлаютъ три публикаціи, но совершеніе или несовершеніе этихъ публикацій не влечетъ рѣшительно никакихъ юридическихъ послѣдствій. Мыслимо примѣнить эту систему и къ патентамъ: публикаціи въ вѣдомостяхъ сообщаютъ публикѣ, что патентъ № 1701 проданъ мѣщаниномъ Семеновымъ дворянину Иванову. Почтенная публика мотаетъ себѣ извѣщеніе на-усъ и соотвѣтственно осторожничаетъ, еслибы мѣщанинъ Семеновъ собрался еще разъ продавать тотъ же самый патентъ. Система эта, я повторяю, мыслима: лучшимъ доказательствомъ можетъ служить то обстоятельство, что одинъ очень серьезный нѣмецкій ученый проповѣдуетъ ее по отношенію къ ст. 19-ой нѣмецкаго закона 1891 года [1]).

По этой системѣ, слѣдовательно, съ одной стороны, взаимная дѣйствительность двухъ или нѣсколькихъ сдѣлокъ опредѣлялась бы ихъ индивидуально-юридическимъ значеніемъ (дѣйствительна—не дѣйствительна сама по себѣ), и хронологическимъ порядкомъ; а съ другой стороны, департаментъ долженъ былъ бы игнорировать собственныя публикаціи и обращаться—въ случаѣ надобности—какъ къ держателю патента не къ тому лицу, на которое указываетъ послѣдняя по времени публикація, а къ тому, которое, по инымъ дошедшимъ до департамента свѣдѣніямъ, являлось бы въ данный моментъ дѣйствительно управомоченнымъ лицомъ.

2-ая система. Опубликованіе можетъ производить конститутивное значеніе для третьихъ лицъ: въ этомъ случаѣ юридическая цѣнность опубликованія поднимается на одну ступень.

[1]) O. Dambach, Das Patentengesetz, Berlin, 1877: „der Vermerk in der Rolle ist lediglich ein nachrichtlicher Vermerk, welcher nichts für die Gültigkeit oder Ungültigkeit des der Uebertragung zu Grunde liegenden rechtlichen Aktes entscheidet". Цит. у H. Robolski, Theorie und Praxis, стр. 130.

По такой системѣ договоръ передачи обсуждался бы по отношенію къ участвовавшимъ въ заключеніи его сторонами — «самъ изъ себя», а по отношенію къ третьимъ лицамъ онъ становился бы совершеннымъ (perfect'нымъ) только съ момента привхожденія второго элемента, опубликованія. По этой системѣ, значитъ, изъ двухъ разновременныхъ договоровъ дѣйствительнымъ считался бы тотъ, который былъ раньше опубликованъ; второй же давалъ бы лишь право требовать возмѣщенія убытковъ.

Наконецъ, мыслима еще 3-ья система, по которой передача становилась бы совершенною и для сторонъ, и для третьихъ лицъ — лишь съ момента внесенія въ реестръ и опубликованія: на этой, еще болѣе возвышенной ступени, патентное право слѣдовало бы принципамъ ипотечныхъ книгъ.

Изъ положительныхъ законодательствъ, третьей системы придерживается только австрійскій законъ 1897 г., ст. 18 и 23. Большинство остальныхъ стоитъ на точкѣ зрѣнія второй системы, такъ: Норвегія [1]), Португалія [2]), Швейцарія [3]), Франція [4]), Испанія [5]), С. Штаты [6]), Англія [7]), Турція [8]) и т. д.

Первой системы держатся бельгійскіе суды (см. извѣстное рѣшеніе, Bruxelles, 12 іюля 1899 г., Propr. Ind.,

---

[1]) Законъ 1885 г., ст. 24.

[2]) Законъ 1896 г., ст. 34.

[3]) Законъ 1888 г., ст. 5.

[4]) Законъ 1844 г., ст. 20.

[5]) Законъ 1878 г., ст. 33

[6]) Rev. Stat., sect. 4898. Съ важною оговоркою, что заявка должна быть сдѣлана Patent Office'у въ теченіе трехъ мѣсяцевъ. Слѣдовательно: 1) третьи лица въ теченіе трехъ мѣсяцевъ охраняются по первой системѣ (т.-е. ихъ пріобрѣтенія недѣйствительны лишь въ томъ случаѣ, если они дѣйствовали mala fide), а потомъ—по второй; 2) всякая регистрація, сдѣланная своевременно, получаетъ силу по отношенію къ третьимъ лицамъ не съ момента ея совершенія, а съ антиципированнаго момента совершенія ея субстрата-сдѣлки; 3) изъ двухъ bona fide-пріобрѣтателей преимущество имѣетъ первый, заявившій свою сдѣлку P. Office'у.

[7]) Законъ 1883 г., ст. 87.

[8]) Законъ 1879 г., ст. 25.

XVI, стр. 101). Въ Швеціи [1]), Люксембургѣ [2]) и Германіи [3]), насколько можно судить по не вполнѣ яснымъ текстамъ [4]), законодательство придерживается второй же системы, но въ нѣсколько измѣненной формѣ: регистрація и публикація имѣютъ конститутивное значеніе не для всѣхъ третьихъ лицъ, а только для производящаго его учрежденія. Т.-е., напримѣръ, въ Германіи публикація имѣетъ рѣшающее значеніе лишь для Патентамта; до тѣхъ поръ пока она не совершена, всѣ права и обязанности, въ глазахъ этого учрежденія, лежатъ на прежнемъ собственникѣ патента: только онъ можетъ испрашивать дополнительный патентъ, просить о сложеніи пошлинъ, отвѣчать по искамъ объ уничтоженіи патента или о признаніи его прекратившимся и т. д. Но третье лицо не можетъ ссылаться на отсутствіе публикаціи, если ему иначе извѣстно о совершившейся передачѣ: поэтому, истинный держатель патента (и только онъ), даже до совершенія публикаціи, можетъ вчинять иски о контрафакціи, о вознагражденіи, выдавать лиценціи и т. д.

Какой системы придерживается наше Положеніе? Несомнѣнно, не третьей: ибо ст. 25 говоритъ о томъ, что до свѣдѣнія департамента доводится объ отчужденіи привилегіи «съ представленіемъ документовъ, удостовѣряющихъ совершеніе передачи». Слѣдовательно,

[1]) Законъ 1884 г., ст. 12.

[2]) Законъ 1880 г., ст. 13.

[3]) Законъ 1891 г., ст. 19, § 2.

[4]) Имѣется, впрочемъ, крупная контроверза; изложеннаго въ текстѣ мнѣнія придерживаются Reichsgericht, 14 ноября 1884 г. (цит. у H. Robolski, стр. 130); — Reichsgericht, 30 ноября 1885 г. (Gareis, V, стр. 239);—A. Seligsohn, Patentgesetz, стр. 142; — H. Robolski, Theorie und Praxis, стр. 130;—O. Schanze, „Die rechtliche Bedeutung der Register- und Rollen-Einschreibungen auf dem Gebiete des Industrierechts", въ Zeitschrift für gewerblichen Rechtschutz, II, стр. 166–174;—André (отчасти!), „Rechtliche Bedeutung der Eintragung der Person des Patentinhabers in die Patentrolle und der in dieser Beziehung eintretenden Aenderungen (§ 19 des Patentengesetzes)", въ Patentblatt, 1879, стр. 354—360.

Contra, J Kohler, Patentrecht, стр. 185;—J. Rosenthal, Patentgesetz, ср. 237; — R. Klostermann, Patentengesetz, стр. 165 (съ очень дурными фикціями-аналогіями debitor cessus!).

въ моментъ заявленія департаменту должны быть налицо документы, удостовѣряющіе, что сдѣлка уже совершена, что она дѣйствуетъ въ отношеніяхъ заключившихъ ее сторонъ. Вѣдь и a priori можно утверждать, что такой важный институтъ, какъ табелляризація патентныхъ передачъ, не могъ бы быть введенъ въ наше законодательство иначе, какъ expressis verbis.

Итакъ, значитъ, передача считается совершенною, perfect'ною для сторонъ до заявки департаменту. Но тогда возникаетъ дальнѣйшій вопросъ: одинаково ли она perfect'на и для третьихъ лицъ (первая система) или же нѣтъ (вторая система)?

Для правильнаго отвѣта необходимо по отдѣльности разсмотрѣть отношенія къ сдѣлкѣ: а. отдѣла промышленности, и б. частныхъ лицъ.

Ad а. Что касается отдѣла, то установившаяся практика сводится къ слѣдующему: отдѣлъ знаетъ лишь о тѣхъ передачахъ, которыя имъ опубликованы соотвѣтственно ст. 25-ой. Поэтому, пока не произведена публикація (или, точнѣе, пока не поступило надлежащее прошеніе о производствѣ публикаціи), отдѣлъ сносится по дѣлу о выдачѣ привилегіи лишь съ первымъ собственникомъ; только онъ, слѣдовательно, можетъ получать справки, снимать копіи описаній и чертежей; только ему посылается постановленіе Комитета о выдачѣ или невыдачѣ привилегіи (ст. 14); только отъ него принимаются прошенія о выдачѣ дополнительныхъ привилегій (ст. 27), о продленіи привилегій (ст. IV), о выдачѣ свидѣтельствъ о приведеніи привилегій въ дѣйствіе (ст. 24) и т. д.

Ad б. Что же касается частныхъ лицъ, то законъ не даетъ рѣшительно никакихъ указаній. Нѣкоторыя директивы для рѣшенія этого вопроса могутъ дать слѣдующія соображенія. Отдѣлъ промышленности, разъ сдѣлавъ публикацію, согласно прошенію перваго собственника, считаетъ, что дальнѣйшее право ходатайствовать о производствѣ новыхъ публикацій переходитъ къ опубликованному второму собственнику (см. выше,

ad a), т. е., что впредь ни первый собственникъ, ни иное какое третье лицо—не могутъ уже болѣе входить въ отдѣлъ съ ходатайствомъ о производствѣ новой публикаціи, хотя бы и основываясь на актѣ передачи болѣе ранней, чѣмъ та, на основаніи которой была произведена первая публикація.

Изъ этого вытекаетъ, что третьи лица, съ момента производства публикаціи, лишаются возможности осуществить свои права по какимъ бы то ни было совершеннымъ до того сдѣлкамъ. А это именно и значитъ, что сдѣлка становится perfect'ною по отношенію къ третьимъ лицамъ съ момента опубликованія. Нѣкоторое сомнѣніе можетъ возбудить вопросъ: какъ поступитъ отдѣлъ, если ему одновременно будетъ заявлено къ опубликованію нѣсколько сдѣлокъ? Я думаю, что и въ этомъ случаѣ затрудненіе будетъ разрѣшено не по хронологическому первенству сдѣлокъ-субстратовъ. Въ самомъ дѣлѣ: объ опубликованіи должно быть подано продавцомъ прошеніе; слѣдовательно, какую бы по времени сдѣлку онъ ни приложилъ къ своему прошенію, этому послѣднему будетъ данъ законный ходъ — несмотря на возможные протесты третьихъ лицъ (они не имѣютъ активной легитимаціи ходатайствовать! см. выше, ad a); если же самъ собственникъ подастъ два прошенія съ представленіемъ разновременныхъ сдѣлокъ, то эти прошенія или будутъ — какъ взаимоисключающія — считаться оба недѣйствительными, или болѣе позднее изъ нихъ, какъ новѣйшее волеизъявленіе, будетъ признано уничтожающимъ болѣе раннее; хронологическая послѣдовательность сдѣлокъ, поданныхъ при такихъ двухъ прошеніяхъ, отнюдь не будетъ принята во вниманіе.

Резюмируя все сказанное, я могу дополнить ст. 25-ую слѣдующими гражданско-правовыми послѣдствіями: «до совершенія указанной публикаціи первый держатель патента является носителемъ всѣхъ правъ и всѣхъ обязанностей — какъ по отношенію къ

отдѣлу промышленности, такъ и по отношенію къ третьимъ лицамъ (bonae fidei?).

§ 156. Б. Кто управомоченъ совершать передачу патента?

Предшествующее изложеніе позволяетъ мнѣ, безъ дальнѣйшихъ комментаріевъ, дать отвѣтъ на этотъ вопросъ.

Управомоченъ передавать патентъ его держатель (полный собственникъ). Отнюдь не держатель части патента, не уполномоченный на то своими товарищами.

Но такъ какъ, съ одной стороны, просить о производствѣ публикацій управомоченъ лишь послѣдній опубликованный собственникъ, а съ другой стороны, самая сдѣлка создаетъ между сторонами лишь договорное отношеніе («продавецъ обязанъ ходатайствовать объ опубликованіи»), то третье лицо можетъ получить абсолютное право на патентъ лишь въ тотъ моментъ, когда отдѣлъ произвелъ публикацію.

§ 157. — В. Что можно передавать?

Передавать, очевидно, можно патентъ.

Можно ли передавать въ полную собственность часть патента [1])?

Какъ общее правило, патентъ считается недѣлимымъ цѣлымъ. Поэтому, я вполнѣ соглашаюсь съ Kohler'омъ въ томъ отношеніи, что патентъ не можетъ быть проданъ по частямъ [2]). Мнѣ могутъ возразить, что многіе законы expressis verbis дозволяютъ частичную передачу патентовъ. Напримѣръ: Франція [3]), Англія [4]), Испанія [5]), большинство англійскихъ колоній (Новая Зеландія, Викторія, Тасманія и т. д.), Турція [6]), С. Штаты [7]), Италія [8]), Швейцарія [9]) и т. д. Но я думаю, что эти по-

[1]) Ср. J. Kohler, Handbuch, стр. 489—492.
[2]) E. s., Seligsohn, Patentgesetz, стр. 74.
[3]) Законъ 1844 г., ст. 20.
[4]) Законъ 1883 г., ст. 36.
[5]) Законъ 1878 г., ст. 32.
[6]) Законъ 1878 г., ст. 25.
[7]) Rev. Stat., ст. 4898.
[8]) Законъ 1859 г., ст. 49.
[9]) Законъ 1888 г., ст. 5.

становленія положительныхъ законодательствъ имѣютъ нѣсколько иной смыслъ, чѣмъ тотъ, который можно имъ приписать на первый взглядъ. Въ самомъ дѣлѣ: что надо разумѣть подъ частичной передачей правъ на патентъ?

Дѣленіе патента можетъ быть совершено по тремъ принципамъ: 1) по территоріи, 2) по времени, и 3) по содержанію.

Дѣленіе по территоріи спеціально оговорено, напримѣръ, въ Англіи [1]) (ст. 36). Однако, я думаю, что въ этомъ случаѣ законодатель совершилъ насиліе надъ здравымъ смысломъ и узаконилъ такой институтъ, въ который невозможно вдохнуть жизнь [2]). Въ самомъ дѣлѣ, если дѣйствительно предположить, что можно продать патентъ «только для Бирмингама» и что такая часть патента будетъ имѣть силу, «какъ если бы патентъ былъ съ самаго начала выданъ лишь для Бирмингама»— то мы придемъ къ невозможнымъ послѣдствіямъ. Тогда: 1) Бирмингамскій «патентъ» можно будетъ прекратить неуплатою денегъ, сохраняя «патентъ» Лидсскій; 2) можно будетъ обременить Б. патентъ обязательною лиценціей, не касаясь патента Л. (и каково тогда будетъ отношеніе лиценціата къ держателю патента Б.?); 3) можно будетъ отказаться (disclaim) отъ части патента Б., сохраняя въ цѣлости весь патентъ Л.; 4) можно будетъ преслѣдовать за контрафакцію тѣхъ лицъ, которыя купятъ изобрѣтеніе у держателя патента Л. и ввезутъ ихъ на территорію города Б. [3])— Въ виду всего этого, опытные англійскіе комментаторы усиленно совѣтуютъ патентодержателямъ игнорировать статью 36: они утверждаютъ, что частичная продажа по территоріи должна привести стороны къ неразрѣшимымъ конфликтамъ [4]).

---

[1]) Въ Соединенныхъ Штатахъ оно допускается подъ названіемъ grant.

[2]) Ср. прекрасный этюдъ Carpmael, „On the 36-th Section of the Patent Act 1883“, въ Institute, III, стр. 175—194.

[3]) Это, впрочемъ, спорно.

[4]) Johnson, стр. 189 — 191;—ср. J. and H. Johnson, The Patentees Manual, London, 1890 г., стр. 217.

Дѣленіе по времени вполнѣ мыслимо: это признаетъ и нашъ законъ (ст. 22, п. 2) — и такой противникъ частичныхъ передачъ, какъ Kohler [1]). Впрочемъ, дѣленіе по времени не есть, въ сущности, дробленіе патента: онъ сохраняетъ свое единство и въ каждый послѣдовательный моментъ принадлежитъ только одному лицу, или только одной совокупности лицъ *).

[1]) Loc. cit., стр. 402.

*) То, что говоритъ г. Катковъ (op. cit., стр. 191—193) о передачахъ, ограниченныхъ по времени, мнѣ не кажется ни вполнѣ яснымъ, ни вполнѣ точнымъ. „Отчужденіе на часть срока въ дѣйствительности не будетъ отчужденіемъ: получившій привилегію не порываетъ своихъ связей съ привилегіей, не дѣлаетъ ее чуждою себѣ, а уступаетъ лишь право пользованія (?) ею, въ опредѣленномъ объемѣ и на опредѣленный срокъ. На дѣлѣ, это будетъ сдѣлка о дозволеніи на пользованіе... Пріобрѣвшій привилегію на срокъ не становится полнымъ хозяиномъ ея (?): онъ не можетъ передать пользованіе ею третьимъ лицамъ, отчуждать ее; ни распоряжаться ею такъ, какъ полный хозяинъ. Онъ обязанъ поддерживать силу ея въ теченіе срока пользованія ею (напр., уплатою періодической пошлины): полный (?) хозяинъ не несетъ такой обязанности, это его право... Отчужденіе и сохраненіе за собою права на привилегію, по истеченіи извѣстнаго срока, есть противорѣчіе. Передача права пользованія, ограниченная срокомъ, вызываетъ предположеніе (?), что дѣло идетъ здѣсь просто о дозволеніи на пользованіе, не требующемъ извѣщенія Отдѣла Промышленности и публикаціи съ его стороны“.

Итакъ, г. Катковъ не допускаетъ возможности того, чтобы привилегія была продана въ собственность на срокъ: такую сдѣлку онъ называетъ „противорѣчіемъ“. Конечно, дигесты не знаютъ такого рода продажъ и такого рода собственности. Но въ существѣ дѣла ничто не мѣшаетъ намъ совершенно стройно и просто сконструировать такую сдѣлку. Для этого мы допустимъ или что патентъ передается въ собственность вмѣстѣ съ личнымъ обязательствомъ переуступить его обратно по истеченіи n лѣтъ (вполнѣ мыслимая вещь: права третьихъ лицъ остаются не затронутыми), или же что патентъ, дѣйствительно, передается въ собственность В. на n лѣтъ, по истеченіи коихъ право перваго держателя А. возстановляется само собою. Эта послѣдняя конструкція, на практикѣ, означала бы: что въ теченіе n лѣтъ В. можетъ перепродавать свой патентъ третьимъ лицамъ, но на срокъ не свыше того, на какой онъ самъ пріобрѣлъ патентъ; — что третьи лица не могутъ быть введены въ заблужденіе В'омъ, ибо его титулъ (публикація) будетъ указывать на срокъ его правъ;—что въ теченіе n лѣтъ А. можетъ быть обвиненъ въ контрафакціи; — что забота объ уплатѣ пошлинъ и т. д. въ теченіе n лѣтъ лежитъ на В., отвѣчающемъ, въ случаѣ недосмотра, за убытки А'у.

Такимъ образомъ, я утверждаю, что рядомъ съ передачей права эксплоатаціи на срокъ мыслима и передача всѣхъ правъ по патенту на срокъ;—

Дѣленіе по содержанію распадается на двѣ схемы: a) дѣленіе по юридическому содержанію, b) дѣленіе по техническому содержанію.

Ad a. Патентодержатель можетъ уступить покупателю лишь право торговать изобрѣтеніемъ, оставляя за собою право фабриковать и употреблять его (или наоборотъ). Такая форма передачи expressis verbis указана, напримѣръ, въ Гватемальскомъ законѣ 1897 г. (ст. 25).

Ad b. Патентодержатель можетъ уступить покупателю лишь одну изъ формъ осуществленія патентованной идеи. Напримѣръ, въ русской практикѣ былъ такой случай. Патентъ былъ выданъ на способъ подниманія воды. Патентодержатель продалъ свой патентъ одному лицу по отношенію къ подниманію воды въ клозетныхъ бакахъ, а другому — въ автоматическихъ кофейникахъ.

Я думаю, что обѣ указанныя формы частичной передачи [1]) по содержанію должны на практикѣ повести къ величайшимъ затрудненіямъ. По отношенію къ

что такую передачу можно сконструировать безъ малѣйшихъ шероховатостей и что всѣ затрудненія кроются лишь въ рѣжущемъ ухо терминѣ „собственность на срокъ“.

Столь же неточно и замѣчаніе г. Каткова о правѣ иска при передачахъ на срокъ (стр. 192): „За нарушенія, совершенныя до передачи иска, не можетъ преслѣдовать новый обладатель привилегіи, такъ какъ, въ прежнее время, онъ не имѣлъ никакихъ правъ по привилегіи и не могъ нести незаконнаго ущерба; прежній обладатель привилегіи не можетъ преслѣдовать потому, что, по предположенію, онъ передалъ свое право иска, не имѣя его болѣе. За нарушенія, совершенныя въ періодъ временнаго обладанія привилегіею по „отчужденію на срокъ“, но открытыя потомъ, не можетъ преслѣдовать ни срочный обладатель ея, потому что, съ истеченіемъ „срочнаго отчужденія“, у него никакого права на искъ нѣтъ, ни прежній ея обладатель, потому что, въ періодъ „срочнаго отчужденія“, у него не было никакихъ правъ по привилегіи. Всѣ эти разсужденія основаны на одной ошибкѣ: преслѣдовать за нарушенія привилегіи, если не истекла погашающая давность, всегда имѣетъ право тотъ, кто въ моментъ начатія преслѣдованія являлся держателемъ патента; вопросъ о томъ, былъ ли онъ держателемъ патента еще и въ самый моментъ совершенія деликта—безразличенъ.

[1]) Замѣчу, что все изложенное должно быть разсматриваемо съ точки зрѣнія строгаго противоположенія понятій передачи и лицензіи.

третьимъ лицамъ затрудненія эти выразились бы въ неопредѣленности управомоченнаго лица, ибо для установленія этого важнаго юридическаго элемента каждое заинтересованное лицо должно было бы самостоятельно отыскивать и толковать частные договоры невѣдомыхъ ему сторонъ. По отношенію къ отдѣлу промышленности затрудненія эти выразились бы въ невозможности опредѣлить, кому изъ управомоченныхъ посылать извѣщенія, — съ кого брать пошлины, — отъ кого принимать свидѣтельства о приведеніи въ дѣйствіе и прошенія о производствѣ новыхъ публикацій и т. д.

Въ виду всего этого, я считаю, что отдѣлъ поступаетъ правильно, отказывая въ опубликованіи частичныхъ передачъ, кромѣ тѣхъ, которыя основаны на дѣленіи по времени [1]). Что же касается тѣхъ «частичныхъ» передачъ, о которыхъ говорится въ цитированныхъ выше законахъ, то ихъ, очевидно, надо понимать въ quotativ'номъ смыслѣ [2]), т.-е. въ смыслѣ передачи части патента in solidum, — въ смыслѣ принятія товарища по со-держанію патента. Это подтверждается даже прямымъ текстомъ австрійскаго закона 1897 г. (ст. 18) и закона С. Штатовъ [3]).

§ 158. Г. Права и обязанности сторонъ [4]).

Послѣ всего изложеннаго, вопросъ о правахъ и обязанностяхъ сторонъ представлялся бы довольно простымъ, если бы нѣкоторые авторы не затемняли его,

---

[1]) Отмѣчу, въ подтвержденіе, что ст. 13-ая проекта III, соотвѣтствующая статьѣ 25-ой Положенія, гласила: „О всякой передачѣ права на привилегію должно быть доведено до свѣдѣнія и т. д.“ А ст. 11, п. 2 проекта III (нынѣ ст. 22 п. 2) гласила: „дарить, завѣщать и инымъ образомъ уступать привилегію на законномъ основаніи другому лицу...“ Государственный Совѣтъ, значитъ, вычеркнулъ слово „всякой“ и вставилъ „на весь срокъ ея дѣйствія или на часть сего срока“. Оба измѣненія подтверждаютъ правильность толкованія, даннаго въ текстѣ.

[2]) Contra во Франціи, см. Pouillet, стр. 234; Mainié, I, стр. 536.

[3]) Rev. Stat., ст. 4898: „Every patent or any interest therein...“ Руководящее рѣшеніе: Pope Mfg. C° v. Gormilly, 144 U. S. 248; 59 O. G. 471. — Итальянскій законъ 1854 г., ст. 49, повидимому, держится противоположнаго рѣшенія.

[4]) Kohler, Handbuch, стр. 581 и сл.

въ зависимости отъ ихъ методологическихъ ошибокъ. Главною изъ этихъ ошибокъ является привлеченіе апріорновыдуманныхъ конструкцій, въ узкія рамки которыхъ насильственно втискивается изучаемый институтъ. Одна изъ очень распространенныхъ конструкцій заключается въ томъ, что патентное право изображается, какъ собственность или какъ quasi-собственность. Исходя изъ этого утвержденія, соотвѣтствующіе авторы (особенно Kohler) разсуждаютъ такъ: патентное право есть собственность; возмездная передача права собственности есть купля-продажа; слѣдовательно, передача патента есть купля-продажа [1]);—слѣдовательно, всѣ постановленія о куплѣ-продажѣ должны быть примѣняемы и къ передачѣ патентовъ, хотя бы и цѣной нѣкоторыхъ измѣненій ихъ смысла (=искаженій?). Другіе авторы сравниваютъ передачу патента съ цессіей и въ свою очередь выводятъ изъ этого произвольнаго утвержденія самые фантастическіе выводы [2]). Правильнымъ же можетъ быть только одно рѣшеніе: тотъ или другой выводъ не должны быть навязываемы жизни потому, что того требуетъ аналогія, — а, наоборотъ, наблюдаемое въ жизни рѣшеніе должно быть сначало изучено, а потомъ приведено къ аналогіямъ. Передача патента относится къ большой категоріи возмездныхъ передачъ правъ вообще: вотъ весь фундаментъ, на который вправѣ опираться индуктивное изслѣдованіе.

Другая, не менѣе распространенная, «конструкція» заключается въ пресловутомъ позитивномъ содержаніи патентнаго права (ср. выше, стр. 33). Патентъ даетъ право фабрикаціи — говоритъ Kohler — и, слѣдовательно, содержаніемъ обязанностей продавца [3])

---

[1]) H. s. Kohler, Handbuch, стр. 581;—F. Cotarelli, Privative, стр. 219;—J. Woerz, Die materiellen Grundsätze des oesterreichischen Privilegiengesetzes, Wien, 1890 г. стр. 63;—Munk, Lizenz, стр. 10 и др.;—Delhumeau, op. cit., стр. 117.

[2]) Ср. Klostermann, Patentgesetz, стр. 159 и выше, стр. 42, прим. 4.

[3]) Здѣсь и вездѣ подобныя выраженія употребляются въ текстѣ лишь метафорически, для того чтобы не создавать новыхъ терминовъ.

должно быть сообщеніе покупателю всѣхъ подробностей, касающихся правильной эксплоатаціи передаваемаго изобрѣтенія. Я же сталъ бы разсуждать обратно: во всѣхъ актахъ о передачѣ патентовъ, которые мнѣ пришлось видѣть, обязанность продавца содѣйствовать пріученію покупателя къ правильной и выгодной фабрикаціи передаваемаго изобрѣтенія (разныя мелочи практики, tours de main, Handgriff'ы) — всегда оговаривается спеціально;—слѣдовательно, стороны не считаютъ это обученіе за необходимую часть сдѣлки [1]). Или: если впослѣдствіи обнаружится, что проданный патентъ былъ ничтожнымъ, то сдѣлка признается ничтожною, и покупатель получаетъ обратно деньги; но если продавецъ уже исполнилъ свои обязанности «обученія»—то изъ возвращаемой суммы удерживается нѣкоторая часть въ пользу продавца [2]). Слѣдовательно, обязанность обученія есть дополнительная сдѣлка; — слѣдовательно, какъ выводъ второго порядка, сдѣлка эта не есть передача права фабрикаціи, а что-то другое: иначе обученіе было бы essentiale negotii. *).

---

[1]) „Le céssionnaire d'un brevet d'invention ne peut, à moins de convention spéciale et expresse, exiger que le cédant contribue par sa présence, son expérience et ses conseils à l'exploitation du brevet cédé". (Trib comm. de Marseille, 14 августа 1878 г., цит. у Mainié, I, стр. 570).

[2]) Handbuch, стр. 581.

*) Г. Катковъ (op. cit., стр. 190, прим. 1) называетъ этотъ параграфъ неяснымъ. Къ сожалѣнію, онъ не указываетъ, что́ именно осталось ему неяснымъ въ моемъ изложеніи. Такъ какъ нѣсколько болѣе труднымъ для пониманія является второй абзацъ, то я позволяю себѣ прибавить къ нему здѣсь краткій комментарій.

Въ этомъ абзацѣ рѣчь идетъ объ одной методологической ошибкѣ, составляющей рѣзкій примѣръ того апріорнаго отношенія къ дѣлу (томъ I, стр. 42—51), противъ котораго я борюсь, въ сущности, на протяженіи всей моей работы. Конкретный вопросъ, подлежащій разрѣшенію, заключается въ слѣдующемъ: если въ договорѣ продавца-патентодержателя А. съ покупателемъ В. не сказано, что А. обязанъ обучить В. тѣмъ практическимъ пріемамъ осуществленія изобрѣтенія, которыя могутъ быть неясно изображенными въ патентномъ описаніи,—то можетъ ли В. требовать, несмотря на это, такого обученія (безплатнаго), утверждая что обученіе пріемамъ есть essentiale сдѣлки продажи патента? На этотъ вопросъ Kohler отвѣчаетъ утвердительно, аргументируя такъ: право патентодержателя есть, прежде всего, право (возможность) эксплоатировать данное изобрѣтеніе;

§ 159. Практика учитъ насъ, что основною обязанностью продавца признается: передача патента покупателю.

1. Продавецъ долженъ передать патентъ покупателю. Выше (§ 156) было указано, что абсолютное, противъ третьихъ лицъ, право на патентъ пріобрѣтается только съ момента опубликованія сдѣлки. Слѣдовательно, обязанность передать патентъ сводится къ обязанности ходатайствовать передъ отдѣломъ о совершеніи публикаціи по ст. 25 Положенія. Этой обязанности продавца соотвѣтствуетъ право покупателя заставить (хотя бы судомъ) продавца подать ходатайство. Если продавецъ уже заявилъ къ опубликованію другую сдѣлку (ранѣе или позже совершенную), то покупателю предоставляется искать убытки [1]).

Возложеніе обязанности ходатайствовать передъ отдѣломъ является настолько существеннымъ моментомъ, что по наличности его (и только его) возможно рѣшеніе вопроса: имѣли ли стороны намѣреніе передать абсолютное право, или что либо другое. Если передача совершена на срокъ (ср. § 157), то ее можно понимать: 1) въ смыслѣ установленія исключительнаго права пользованія патентомъ въ теченіе пяти лѣтъ, по истеченіи каковыхъ возстановляется ipso jure полнота правъ упомянутаго перваго собственника (=если въ сдѣлкѣ не оговорено о ходатайствѣ передъ отдѣломъ; обязательственное отношеніе), или же 2) въ смыслѣ

слѣдовательно, передавая это право за деньги третьему лицу, онъ, прежде всего, долженъ сообщить покупателю всѣ тѣ свѣдѣнія, которыя поставили бы его въ возможность именно эксплоатировать изобрѣтеніе.—На эту аргументацію я возражаю ссылкой на недоказанность исходнаго тезиса, принятаго апріорно на вѣру: дѣйствительно ли патентное право есть, an und für sich, позитивное право эксплоатаціи? Этотъ тезисъ есть quod probandum. Доказать же его можно лишь индуктивно.—Въ частности, вопросъ объ обученіи можетъ дать одинъ изъ элементовъ для такой индукціи. А именно: мы видимъ изъ практики (см. текстъ), что стороны не считаютъ обученіе за essentiale negotii, что можно доказать безчисленными примѣрами изъ практики. Ergo, какъ выводъ: патентное право не есть позитивное правомочіе.

[1]) По аналогіи со ст. 1510 и 1685, т. X ч. 1.

перехода обсолютнаго права къ пріобрѣтателю (если была сдѣлана публикація): въ этомъ случаѣ, по истеченіи пяти лѣтъ, первый держатель получаетъ лишь личный искъ ко второму держателю о понужденіи его совершить обратную публикацію *). Соотвѣтственно этой дилемѣ—общими гражданско-правовыми пріемами—можно вывести и рѣшенія другихъ аналогичныхъ вопросовъ: кто обязанъ заботиться о сохраненіи патента въ силѣ въ теченіе договорныхъ пяти лѣтъ?—Кто можетъ переуступать вещное право на патентъ in der Zwischenzeit? и т. д.

Продавецъ долженъ передать покупателю патентъ. Слѣдовательно, если имѣвшійся въ его рукахъ документъ былъ патентомъ недѣйствительнымъ, то продавцу нечего передавать покупателю; сдѣлка признается не исполненною, хотя бы даже о передачѣ документа и было опубликовано; покупатель имѣетъ право требовать обратно деньги.

Такое рѣшеніе даетъ почти единогласно французская судебная практика [1]), американская [2]), нѣмецкая [3]),

*) Ср. стр. 47, прим. *).

[1]) См. многочисленныя рѣшенія, цит. у Mainié, I, стр. 586—587. Новѣйшее бельгійское рѣшеніе, Liège, 12 іюля 1899 г., см. Propr. Ind., XVI, стр. 150. Отмѣчу, что французская доктрина держится противоположнаго рѣшенія, исходя изъ искусственныхъ аналогій съ contrat aléatoire; ср. ibid., стр. 584—586. Впрочемъ, и доктрина склоняется къ уступкамъ, признавая, что сдѣлка можетъ быть признана ничтожною, если ничтожность патента проистекаетъ изъ vices cachés; при этомъ, вопреки здравому смыслу, вопросъ новизны не считается vice caché (ibid., стр. 591), а вопросъ эксплоатаціи—считается (ibid., стр. 598). Хорошій примѣръ безполезности пропріетарныхъ аналогій! (Та же ошибка у Cotarelli, Privative, стр. 230—234).

[2]) Американцы различаютъ продажу all rights и all my rights. Во второмъ случаѣ предполагается, что покупатель беретъ страхъ за дѣйствительность патента на себя, покупая лишь столько права, сколько имѣетъ продавецъ въ моментъ продажи (Robinson, §§ 775, 776 и 788). За исключеніемъ такихъ случаевъ спеціальной оговорки, остальныя продажи предполагаются with warranty of perfect title and of right to assign (§ 783). Если патентъ окажется ничтожнымъ, то покупатель имѣетъ искъ о breach of warranty (§ 774).

[3]) Согласно указаніямъ Kohler'a (Handbuch, стр. 582), и Seligsohn'a (Patentgesetz, стр. 73 — 74). Впрочемъ, рѣшеній они не приводятъ. Единственная ссылка у Kohler'a на „R. G., 27 Mai 1899“ (стр. 582, прим. **)—совершенно ложна, ибо указанное рѣшеніе трактуетъ не о передачѣ па-

швейцарская [1]) и т. д. Иначе, впрочемъ, разсуждаютъ англійскіе суды [2]).

Мнѣ кажется, что первое изъ указанныхъ практическихъ рѣшеній, соотвѣтствующее выставленному мною тезису, имѣетъ нѣкоторыя преимущества съ точки зрѣнія интересовъ дѣлового оборота. Если принять американо-французскую точку зрѣнія (продавецъ гарантируетъ дѣйствительность патента, мой тезисъ), то продажи патентовъ сдѣлаются менѣе рискованными и болѣе частыми: продавцы будутъ получать бо́льшую плату и, слѣдовательно, сами отъ того выиграютъ.

Вообще же нужно замѣтить, что предложенныя рѣшенія касаются весьма рѣдкихъ на практикѣ случаевъ: всякій заботливый патентодержатель не преминетъ въ договорѣ о передачѣ спеціально оговорить о томъ, беретъ ли онъ на себя гарантію за дѣйствительность патента. И въ такомъ случаѣ (по этому вопросу уже не можетъ быть разногласій!) — отношенія сторонъ будутъ несомнѣнно регулироваться согласно указанной спеціальной оговоркѣ.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что вопросъ о гарантіяхъ будетъ отходить все болѣе и болѣе на задній планъ, по мѣрѣ того какъ акты о передачахъ будутъ совершаться все болѣе и болѣе тщательно. Если же спеціальной оговорки нѣтъ, то интересы дѣлового оборота требуютъ, по моему мнѣнію, презюмировать указанную мною гарантію продавца.

Но каково бы ни было рѣшеніе приведенной контроверзы, несомнѣнно, что самъ продавецъ, получивъ уже плату и совершивъ передачу, не вправѣ ex post самъ вчинять искъ объ уничтоженіи патента, дабы возстановить свою собственную свободу фабрикаціи. Это противорѣчило бы началамъ добросовѣстности [3]).

тента (Ср. Gareis, XIII, стр. 263). Правильнѣе было бы сослаться на дѣло prof. Mitcherlich'a, см. Arch. civ. Praxis, LXXII, стр. 152.

[1]) Ср. мнѣніе Ceresole, Etude, стр. 50.

[2]) Ср. Hall v. Conder; Wallace стр. 329.

[3]) Ср. American Paper Barrel C° v. Laraway (1886) и друг., цит. у Robinson, § 787;—Hocking v. Hocking и друг., цит. у Wallace, стр. 332.

Наконецъ, 3. Продавецъ долженъ передать весь патентъ. Слѣдовательно, онъ отвѣчаетъ передъ покупателемъ за убытки, если впослѣдствіи окажется, что патентъ уже имѣлъ какое-нибудь вещное обремененіе (напр., залоговое право). Этотъ вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній [1]).

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что продавецъ не отвѣчаетъ ни за достоинство изобрѣтенія [2]) (т.-е. не гарантируетъ, что эксплоатація будетъ выгодною), ни за прекращеніе патента, происшедшее вслѣдствіе фактовъ, имѣвшихъ мѣсто послѣ совершенія передачи [3]).

---

[1]) Kohler, Handbuch, стр. 584—585.

[2]) Мыслимы, конечно, спеціально оговоренныя гарантіи и въ этомъ направленіи. Ср. напр., Paris, 18 іюля 1889 г., Pataille, XXII, стр. 272. Поэтому я соглашаюсь съ мнѣніемъ Kohler'a (Aus dem Patent- und Industrierecht, стр. 37 — 39, „Error über Recht und über Thatsache, und seine Behandlung im Patentrecht"), что рѣшеніе O. L. G. Bamberg 28 мая 1886 г. было неправильно,—но предполагаю иную мотивировку.

[3]) Параграфы 153—159 были помѣщены въ „Правѣ", 1901 г., №№ 47 и 48.

ГЛАВА II.

Объектъ права изъ патента.

I. § 160. Соотношеніе понятій объекта правъ изъ патента и объекта правъ на патентъ.

II. § 161. Историческое развитіе патентныхъ формулъ.

III. § 162. Три основныхъ типа формулъ. § 163. Три добавочныхъ типа. Примѣры.

IV. § 164. Редактированіе формулъ.

I.

§ 160. Объектомъ права изъ патента является, очевидно. то, что̀ запатентовано.

Запатентованнымъ же является то, что̀ нашло свое выраженіе въ патентной формулѣ. Такъ какъ проектъ патентной формулы составляется комитетомъ и нуждается, ранѣе выдачи патента, въ одобреніи со стороны изобрѣтателя, то мнѣ уже пришлось, излагая ходъ выдачи патента, намѣтить основные моменты ученія объ этой специфической особенности патентнаго права [1]). Воспроизводя здѣсь вкратцѣ выводы указаннаго параграфа, дополню его необходимыми деталями.

Объектъ права на патентъ и объектъ права изъ патента не совпадаютъ. Первый можетъ быть и шире, и у́же второго.

Онъ можетъ быть шире: это соотношеніе будетъ налицо во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда Комитетъ (правильно или неправильно) выдастъ патентъ на болѣе

[1]) См. томъ I, § 139.

узкую творческую мысль, чѣмъ та, которая, въ дѣйствительности, родилась въ умѣ изобрѣтателя. Такая выдача можетъ случиться вполнѣ закономѣрно, въ тѣхъ случаяхъ, когда съуженіе произойдетъ по винѣ самого изобрѣтателя: напримѣръ, если онъ, въ описаніи, поданномъ при заявкѣ, изложилъ, по недосмотру, не все то, что̀ нужно было описать, или если онъ описалъ недостаточно ясно, точно или подробно [1]). Но подобная выдача можетъ случиться и безъ вины изобрѣтателя: экспертъ или Комитетъ ошибся, не такъ, какъ надо, понявъ ясное, въ сущности, описаніе. Въ этомъ случаѣ, если изобрѣтатель исчерпалъ всѣ закономъ установленные пути *) обжалованія, онъ остается съ недостаточно широкою защитою, т.-е. съ защитою, покрывающею не все то, что̀ онъ изобрѣлъ. Въ результатѣ же объектомъ его правъ изъ патента становится нѣчто такое, что̀ не совпадаетъ съ объектомъ его права на патентъ. И въ этомъ случаѣ, судъ не можетъ ни въ чемъ помочь изобрѣтателю: всякое расширеніе судебнымъ порядкомъ уже выданнаго патента является въ Россіи вещью абсолютно немыслимою; судъ можетъ лишь съужать объемы патентовъ. — Въ этомъ смыслѣ, слѣдовательно, объектъ права изъ патента можетъ быть у́же—и притомъ, непоправимо у́же—объекта права на патентъ.

Но объектъ права изъ патента можетъ быть и шире объекта права на патентъ [2]). По этому вопросу я долженъ сослаться на одну сложную контроверзу, существующую въ нѣмецкой литературѣ. Представимъ себѣ изобрѣтеніе, которое допускаетъ нѣсколько разнообразныхъ примѣненій: напримѣръ, химическое вещество является, одновременно, и прекрасною краскою, и противолихорадочнымъ средствомъ, и сильно дезинфекцирую-

---

[1]) См. томъ I, стр. 456 и сл.

*) Административные!

[2]) O. Schanze, „Nur der Patentschutz, nicht die Erfindung geht über die vom Erfinder erkannte Brauchbarkeit hinaus“; въ его Patentrechtliche Untersuchungen, Jena, 1901, стр. 289—308.

щимъ препаратомъ. Представимъ, затѣмъ, что изобрѣтатель додумался лишь до перваго изъ этихъ способовъ употребленія. Спрашивается: если впослѣдствіи будутъ открыты два другихъ свойства даннаго препарата, — то будетъ ли покрывать ихъ выданный на краску патентъ?—будетъ ли держатель этого патента въ состояніи запретить третьимъ лицамъ употребленіе продукта и въ качествѣ санитарнаго, и въ качествѣ лечебнаго средства?

На этотъ вопросъ Reichsgericht, въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ, отвѣчаетъ отрицательно: «Принимая во вниманіе, что процессъ изобрѣтенія есть сознательная психическая дѣятельность, и что патентная защита, по существу своему, создана для того, чтобы награждать умственную работу, приходится отвѣчать на указанный вопросъ отрицательно [1])». Въ томъ же, приблизительно, смыслѣ высказался Reichsgericht еще и въ слѣдующихъ рѣшеніяхъ: 28 іюня 1890 г., 1 октября 1891 г., 6 ноября 1893 г. и 23 сентября 1896 г. [2]). Аналогично мнѣніе Appelius'a [3]): «при выдачѣ патента, изобрѣтеніе принимается во вниманіе лишь настолько, насколько его объемъ (Tragweite) былъ сознательно указанъ изобрѣтателемъ. Тѣ же примѣненія изобрѣтенія, которыя не были сознаны изобрѣтателемъ и, слѣдовательно, не являются слѣдствіемъ его творческой дѣятельности, не имѣютъ рѣшительно никакого значенія для патентной защиты».

Существуетъ, однако, и прямо противоположное мнѣніе. Всего ярче оно высказано у Wirth'a [4]): «приспособленіе, на которое выдается патентъ, является патентованнымъ въ отношеніи всѣхъ тѣхъ способовъ употребленія, которые оно допускаетъ. Поэтому, ссылки на цѣль, преслѣдуемыя изобрѣтеніемъ, нерѣдко допускаемыя въ патентныхъ формулахъ, должны быть разсматри-

---

[1]) Reichsgericht, 9 ноября 1887 г.; эта и 4 слѣдующія цитаты взяты изъ указанной статьи Schanze.

[2]) Schanze, op. cit., стр. 294—296.

[3]) Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reiches, стр. 116.

[4]) Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, II, стр. 106 и сл.

ваемы лишь какъ одинъ изъ способовъ уясненія сущности данной выдумки; для отграниченія объемовъ защиты они не имѣютъ ровно никакого значенія». Аналогично мнѣніе Kohler'a [1]): «изобрѣтатель не обязанъ сознательно представить себѣ всякій и каждый способъ употребленія данной его выдумки. Тотъ, кто нашелъ, что изобрѣтеніе примѣнимо для даннаго экономическаго использованія, изобрѣлъ его для всѣхъ способовъ экономическаго использованія, какіе впослѣдствіи могутъ быть обнаружены».

Въ цитируемой статьѣ, Schanze старается согласить изображенное противорѣчіе именно ссылаясь на тотъ принципъ, что патентная защита (объектъ правъ изъ патента) можетъ быть шире, чѣмъ самое изобрѣтеніе (объектъ права на патентъ). Онъ указываетъ, что, съ одной стороны, несомнѣнно, правъ Reichsgericht, утверждая, что изобрѣтеніе не можетъ обнимать того, до чего не додумался изобрѣтатель, такъ какъ иначе мы допустили бы чистѣйшую contradictio in adjectis [2]). Поэтому, Reichsgericht правильно поступаетъ, уничтожая патенты въ тѣхъ случаяхъ, когда указанное въ заявкѣ употребленіе является недостижимымъ, а остальные способы употребленія являются выдуманными впослѣдствіи. Въ этихъ случаяхъ, то, что было заявлено, не можетъ быть признано изобрѣтеніемъ, а изобрѣтеніе не можетъ быть признано заявленнымъ.

Однако, продолжаетъ Schanze, разъ изобрѣтатель, при заявкѣ, правильно указалъ хотя бы одинъ способъ употребленія, — то изобрѣтеніе имѣется налицо. Всякое дальнѣйшее нахожденіе способовъ использованія этого изобрѣтенія будетъ являться простымъ открытіемъ, въ смыслѣ чистаго констатированія [3]): и. какъ таковое, оно всецѣло находится подъ защитой патента [4]).

[1]) Forschungen etc., стр. 14.
[2]) Loc. cit., стр. 300.
[3]) Loc. cit., стр. 302.
[4]) „Die Erfindung reicht nur soweit, als ihre Brauchbarkeit von Anfang

Изъ сказаннаго слѣдуетъ съ полною очевидностью, что объектъ права на патентъ можетъ содержать указаніе лишь на одинъ способъ употребленія: выдача патента сразу закрѣпляетъ за изобрѣтателемъ даже и тѣ способы, до которыхъ онъ еще не додумался.

II.

§ 161. Развитіе патентныхъ формулъ есть результатъ долгаго историческаго процесса.

На западѣ (въ С. Штатахъ) формулы введены въ употребленіе съ 30-хъ годовъ прошлаго столѣтія. Во Франціи и другихъ романскихъ государствахъ онѣ и до сихъ поръ не являются обязательнымъ. У насъ въ Россіи онѣ окончательно санкціонированы были лишь въ 1896 году.

Прообразомъ русской патентной формулы является то перечисленіе выгодъ изобрѣтенія, которое обыкновенно излагалось въ концѣ старыхъ описаній. Перечисленіе же это стояло въ прямой связи съ факультативною конструкціею старыхъ патентовъ: правительству нужно было указать особыя причины, побудившія его выдать монопольное право на данную выдумку. Примѣромъ можетъ служить привилегія, выданная мѣщанину Я. Бѣлугину, 29 августа 1814 г., на машину для выволочки соли и ломки оной въ озерахъ. Описаніе этой машины заканчивается слѣдующими словами: «Отъ устройства сихъ машинъ представляются слѣдующія выгоды: 1) посредствомъ машины можно ломать соль безостановочно въ теченіе сутокъ, несмотря на противную погоду... 2) Люди не будутъ уже

an vom Erfinder erkannt ist. Ihr Wesen ist deshalb bei der Patentertheilung wie im Nichtigkeitsverfahren lediglich mit Rücksicht auf diese erkannte Brauchbarkeit zu beurtheilen.—Anders dann, wenn es sich um die Tragweite des Schutzes handelt, der aus dem ertheilten Patente resultirt. Hier ist jede gewerbsmässige Benutzung des Gegenstandes verboten, gleichviel ob sie zur Erreichung des ihm vom Erfinder vom Anfang an beigelegten Zweckes oder zur Verfolgung anderweiter Ziele geschiet". Ibidem, стр. 299.

ходить въ соляную жидкость, или такъ называемую рапу, а должны находиться на машинѣ, и симъ самымъ отвратятся не токмо болѣзни отъ того происходящія, но и издержки отъ казны на содержаніе лазаретовъ... 3) Не нужно уже будетъ нынѣ употребляемыхъ для того воловъ и лошадей...».—Отъ подобнаго простого перечисленія выгодъ естественно было перейти и къ изложенію мотивированному, т.-е. къ указанію, благодаря какимъ именно новымъ частямъ машины достигаются перечисленныя выгоды. Въ привилегіи, выданной въ 1817 г. ст. сов. В. Гурьеву, мы находимъ первый примѣръ такого совокупнаго перечисленія и выгодъ, и ихъ причинъ. Привилегія гласитъ: «Выгоды безпрерывно-гоннаго куба: 1) Простота или несложность. Сіе достоинство весьма очевидно, взглянувъ на рисунокъ его. Всѣ части его не многочисленны и между собою соединены совершенно; всѣ спайки наружныя, не мудрены, и слѣдовательно всѣ прочны... 2) Быстрота дѣйствія. Начало, служащее основаніемъ сидки (дистиллаціи) безпрерывногоннаго куба, состоитъ въ томъ, чтобы колонна двоимой жидкости была встрѣчена столбомъ или колонною паровъ, достаточною для того, чтобы отдѣлить всѣ спиртовыя части. Посему ясно видѣть можно, что столько ведеръ въ сутки сидѣть или гнать можно, сколько хочешь, лишь бы котелъ и печь соотвѣтственно были велики...». Аналогичны указанія въ привилегіи, выданной въ 1823 г. иностранцу В. Кохрану: «Улучшеніе лампъ сихъ состоитъ въ томъ, что сало или другое сгараемое вещество содержится въ жидкости въ лампѣ такимъ образомъ, что доставляется достаточное количество жара отъ пламени лампы для растопленія сала въ хранилищѣ», чѣмъ и достигается большая яркость горѣнія.

Вторымъ прототипомъ современной патентной формулы нужно считать тѣ отрицательныя оговорки, которыя такъ часто встрѣчаются въ старыхъ патентахъ. Напримѣръ, привилегія, выданная въ 1819 г.

купцу Г. Сизону, заканчивается слѣдующею ограничительною клаузулою: «Привилегія сія выдана Сизону съ тѣмъ, что такъ какъ къ молотовой машинѣ приспособленъ и приборъ съ толкучими молотками, подобный употребляемому уже въ Россіи при толченіи цемента, то привилегіею Сизона не должно останавливаться дѣйствіе цементныхъ и другихъ, имъ подобныхъ машинъ». Привилегія 1838 г. (Боде) выдана «съ тѣмъ, чтобы никому другому не запрещалось вводить на шпиляхъ другіе способы удержанія канатовъ». А привилегія 1840 г. не должна «препятствовать употреблять переносныя дороги на горныхъ промыслахъ».—Но, конечно, только неразвитая ранняя техника выдачи патентовъ могла довольствоваться подобными отрицательными указаніями того, что̀ патентомъ не защищено. Съ развитіемъ и техники, и юриспруденціи,—патентнымъ учрежденіямъ стали ставить болѣе высокія требованія: пришлось опредѣлять предметъ охраны не отрицательно, а положительно, указывая въ самомъ текстѣ патента, что̀ именно онъ защищаетъ.—Такъ, изъ взаимодѣйствія перечисленій о выгодахъ и отрицательныхъ оговорокъ, выросла, мало-по-малу, современная патентная формула.

Одинъ изъ первыхъ примѣровъ правильной патентной формулы, созданной въ Россіи внѣ иностраннаго вліянія, можно видѣть въ привилегіи Кроткова, присужденной Совѣтомъ въ 1859 г. [1]). Описаніе этой привилегіи ясно указываетъ, что патентованное изобрѣтеніе заключается: «1) въ комбинаціи электромагнитнаго разъединителя съ указателемъ..., 2) въ устройствѣ будильника..., и 3) въ особаго рода гальваническихъ проводникахъ».

[1]) Журналъ М. Совѣта, 20 октября 1859 г.

III.

§ 162. Въ виду громаднаго значенія, присвоеннаго формуламъ въ дѣлѣ патентной защиты, редактированіе ихъ подчинено строгимъ и довольно точно выработаннымъ правиламъ. Этимъ путемъ достигается нѣкоторое облегченіе той, въ сущности, чрезвычайно трудной задачи, которая ставится Комитету и судамъ въ этой области. Вѣдь дѣло сводится, въ концѣ концовъ, къ тому, чтобы Комитетъ запечатлѣлъ въ нѣсколькихъ словахъ все то разнообразіе конкретныхъ осуществленій, которое допускаетъ данная творческая идея, и къ тому, чтобы судъ, на основаніи тѣхъ же нѣсколькихъ абстрактныхъ фразъ, во всякій данный моментъ могъ возстановить объемъ того, что было творчески создано даннымъ индивидомъ.

По объему своему, патентныя формулы распадаются на три главныя и три добавочныя категоріи. Категоріи эти находятся въ прямой зависимости отъ ширины сдѣланнаго изобрѣтенія. — Всякое изобрѣтеніе, какъ я указывалъ выше [1]), имѣетъ цѣлью удовлетвореніе человѣческихъ потребностей. Однако, это удовлетвореніе можетъ являться и болѣе, и менѣе непосредственнымъ. Если изобрѣтатель изготовилъ новый сортъ чернилъ, то эти чернила могутъ быть, какъ таковыя, употреблены для письма: если изобрѣтена новая машина для изготовленія чернилъ, то связь этого изобрѣтенія съ потребленіемъ будетъ гораздо болѣе отдаленная.

На основаніи этихъ соображеній, и выдѣляются въ первую, наиболѣе широкую группу изобрѣтенія, дающія въ результатѣ непосредственно потребляемые продукты. Если кто-нибудь изобрѣлъ такой предметъ потребленія, который до него вовсе не былъ извѣстенъ, то, очевидно, справедливость требуетъ того, чтобы объектомъ права изъ патента былъ признанъ именно

[1]) Томъ I, стр. 314.

этотъ предметъ, какъ таковой: другими словами,—чтобы третьимъ лицамъ было запрещено изготовлять тотъ же продуктъ, хотя бы и не тѣми способами, которыми изготовляетъ его изобрѣтатель [1]). Предположимъ, что кто-нибудь изобрѣлъ способъ дѣлать искусственную кожу изъ обрѣзковъ настоящей: если допустить, что такая кожа, сама по себѣ, будетъ обладать существенною новизною, то ему выгодно взять патентъ не на способъ, а именно на искусственную кожу, какъ продуктъ, для того, чтобы никто другой не могъ дѣлать такую кожу даже и совсѣмъ инымъ способомъ или совсѣмъ иными машинами. — Аптечныя облатки безъ закраинъ охранены привилегіей № 4682 независимо отъ того, какимъ способомъ или какими машинами будутъ онѣ изготовляться: всякій, кто будетъ фабриковать облатки безъ закраинъ, явится нарушителемъ данной привилегіи. Поэтому, и на судѣ положеніе владѣльца привилегіи на продуктъ является наиболѣе выгоднымъ: ему достаточно доказать наличность поддѣланнаго продукта; судъ не будетъ входить въ разсмотрѣніе вопросовъ, гдѣ, какъ и какими машинами онъ изготовленъ.

Нѣсколько менѣе выгодно положеніе того, кто изобрѣлъ новый способъ изготовлять уже извѣстный продуктъ. Его права, конечно, не могутъ быть расширены настолько, чтобы объять всякій способъ изготовленія этого продукта: выданный патентъ не будетъ помѣхой къ тому, чтобы третьи лица изготовляли тотъ же продуктъ старыми, общеизвѣстными способами, или, тѣмъ паче, способами новыми. На этомъ противоположеніи патента-продукта и патента-способа и основано особое положеніе вопроса о химическихъ изобрѣтеніяхъ: несмотря на то, что данное химическое изобрѣтеніе могло бы относиться къ первой группѣ, законъ искусственно низводитъ его во вторую; въ результатѣ же получается, что изобрѣтатель новаго химическаго продукта, какъ

---

[1]) Часть послѣдующаго взята изъ моей брошюры: Привилегіи на изобрѣтенія, Спб., 1901.

такового, лишается возможности запретить другимъ изготовлять тотъ же продуктъ другимъ способомъ: за нимъ защищается не все то, что́ онъ изобрѣлъ.

Процессуальное положеніе того, кто имѣетъ патентъ на способъ, является много менѣе выгоднымъ, чѣмъ положеніе держателя патента на продуктъ: патентъ-способъ можетъ быть признанъ нарушеннымъ только тогда, когда его держатель докажетъ, что данный продуктъ изготовленъ именно патентованнымъ способомъ; а между тѣмъ, доказываніе это является очень часто весьма трудною задачею. Особенно невыгодно положеніе держателя патента на способъ въ тѣхъ случаяхъ, когда самое изготовленіе совершается за границей, т.-е. внѣ предѣловъ дѣйствія патента, и ввозится лишь готовый продуктъ. По этому вопросу въ Германіи существовала, до 1891 г., большая контроверза въ примѣненіи къ химической промышленности. Нѣкоторыя судебныя рѣшенія [1]) признавали такой ввозъ дозволеннымъ; научные же авторитеты и Reichsgericht стояли на противоположной точкѣ зрѣнія. Рѣшеніе этого послѣдняго [2]), хотя и очень длинно мотивированное, не кажется мнѣ убѣдительнымъ. Оно исходитъ изъ туманно изложеннаго противоположенія способовъ механическихъ и способовъ химическихъ. Reichsgericht доказываетъ, что способъ химическій гораздо тѣснѣе связанъ со своимъ продуктомъ, чѣмъ способъ механическій; что первый-де воплощается въ своемъ продуктѣ, и что, поэтому, химическій способъ «begreifft den mittels desselben hergestellten Stoff als zum Gegenstande der Erfindung gehörig in sich [3])». Дальнѣйшія разсужденія касаются вопроса о томъ, каково будетъ экономическое значеніе предложеннаго толкованія: расширитъ ли оно, или сузитъ защиту химическихъ изобрѣтеній.

Я думаю, что всѣ приведенныя разсужденія, все-таки, не уничтожаютъ силы главнаго аргумента: если законъ

[1]) Напр., см. у Kohler, Aus dem Patent- und Industrierecht, I, стр. 17.
[2]) Reichsgericht, 14 марта 1888, Gareis, VI, стр. 165—195.
[3]) Ibidem, стр. 192.

желалъ конструировать защиту химическихъ способовъ иначе, чѣмъ способовъ техническихъ, то почему онъ этого не сказалъ expressis verbis? [1]). Указанная контроверза, вѣдь, можетъ возникнуть по поводу толкованія и русскаго Положенія: но я не думаю, чтобы наши суды склонились стать на точку зрѣнія Reichsgericht'a. Конечно, благосклонное къ патентодержателямъ отношеніе есть вещь весьма желательная: однако, текстъ закона остается, все-таки, преградой для фантастическихъ толкованій. Если объектомъ права изъ патента является способъ производства нитро-бензола, то держатель этого патента можетъ запретить третьимъ лицамъ работать внутри Россійской имперіи по этому способу; онъ можетъ, кромѣ того, запретить имъ распространять полученный путемъ преступленія бензолъ, такъ какъ никто не вправѣ извлекать выгоду изъ предметовъ, полученныхъ незаконномѣрнымъ путемъ. Но онъ не можетъ запретить работать по патентованному способу за границей, ибо этому помѣшала бы территоріальность его патента [2]). И столь же мало можетъ онъ запретить конкуррентамъ ввозить изготовленный бензолъ въ Россію: вѣдь не нужно забывать, что бензолъ, какъ таковой, не защищенъ [3]). И если мы станемъ, вмѣстѣ съ Reichsgericht'омъ, разсуждать о томъ, что химическій способъ «воплощается» въ своемъ продуктѣ, то эти наши разсужденія приведутъ только къ тому, что мы черезъ заднюю дверь втиснемъ въ законъ замаскированную защиту химическихъ продуктовъ, уничтоженную недвусмысленнымъ текстомъ ст. 4-й Положенія.

De lege ferenda: подражаніе ст. 4 ой нѣмецкой новеллы [4]), можетъ быть, и было бы желательнымъ.

---

[1]) Т.-е. такъ, какъ это было сдѣлано въ нѣмецкой новеллѣ 1891 г., ст. 4: „Ist das Patent fur ein Verfahren ertheilt, so erstreckt sich die Wirkung auch auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse".

[2]) См. ниже, глава IV.

[3]) См. выше, стр. 64.

[4]) См. прим. 1.

Наконецъ, наименѣе выгоднымъ является положеніе того, кто имѣетъ патентъ на орудіе производства (машина, приборъ и т. д.). Сравнительная малоцѣнность этого рода привилегій станетъ ясною, если представить себѣ, напримѣръ, какая масса привилегій выдается нынѣ на разнообразнѣйшіе приборы, осуществляющіе два основныхъ способа производства ацетиленоваго газа. Ацетиленовый газъ можно—очевидно—производить, или всыпая карбидъ въ воду, или выливая воду на карбидъ; но такъ какъ оба эти способа уже давно общеизвѣстны, то изобрѣтателямъ и приходится довольствоваться привилегіями на такіе приборы, которые всѣ, сколько ихъ ни есть, были бы охранены двумя привилегіями на два способа. Такъ, привилегіи №№ 3791, 3192, 4310, 3720 и друг. охранялись бы привилегіей на способъ выливать воду на карбидъ, а привилегіи №№ 4465, 4508, 3795 и друг.—привилегіей на способъ всыпать карбидъ въ воду. Одна привилегія на способъ замѣняетъ, слѣдовательно, очень большое количество привилегій на приборы; и, наоборотъ, привилегія на орудіе производства даетъ только соотвѣтственно-небольшую часть тѣхъ правъ, которыя гарантировала бы привилегія на способъ.

Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ приборъ настолько близко подходитъ къ непосредственному использованію, что становится, съ экономической точки зрѣнія, какъ бы, самостоятельнымъ продуктомъ. Ножницы, молотки, перечницы, головныя щетки и т. п. приспособленія, идущія непосредственно въ руки толпы, имѣютъ настолько самодовлѣющее значеніе, что защита прибора, по отношенію къ нимъ, совершенно незамѣтно переходитъ въ защиту продукта.

§ 163. Что касается трехъ добавочныхъ категорій, то онѣ составляются комбинированіемъ трехъ категорій простыхъ: (IV) способъ и аппаратъ,—(V) продуктъ, способъ и аппаратъ,—(VI) продуктъ и способъ.

Относительно этихъ добавочныхъ категорій можетъ возникнуть сомнѣніе слѣдующаго рода: такъ какъ при-

вилегія на способъ защищаетъ всѣ аппараты—то казалось бы излишнимъ брать привилегію по IV-й категоріи на способъ и аппаратъ. Или: такъ какъ привилегія на продуктъ защищаетъ всѣ способы и всѣ аппараты, то столь же безполезною кажется и категорія пятая (продуктъ, способъ и аппаратъ). Недоумѣніе это—теоретически совершенно правильное — можетъ быть разъяснено исключительно соображеніями практическаго свойства; такъ какъ новизна способа можетъ быть впослѣдствіи—даже и послѣ выдачи патента—оспорена, то удобно вводить въ привилегію еще и дополнительную оговорку объ аппаратѣ, дабы, въ крайнемъ случаѣ, сохранить за собою исключительное право хотя бы въ съуженномъ объемѣ.

Только что указанныя шесть категорій могутъ быть изображены на конкретныхъ примѣрахъ, въ слѣдующемъ видѣ (приведенные въ скобкахъ номера относятся къ выданнымъ русскимъ привилегіямъ, по Своду):

1) «Вставка для резиновыхъ сосковъ дѣтскихъ рожковъ» (№ 4663). «Аптечныя облатки» (№ 4682).

2) «Способъ воспроизведенія цвѣтныхъ рисунковъ на цементныхъ плитахъ» (№ 4560). «Способъ производства бѣлой бумажной массы изъ корневого войлока камыша» (№ 4572).

3) «Ручныя рыжачныя ножницы» (№ 4553). «Аппаратъ для образованія ацетилена» (№ 4584).

4) «Способъ и аппараты для сообщенія непромокаемости тканямъ» (№ 4628). «Способъ и печь для полученія свѣтильнаго газа изъ канифоли» (№ 4559).

5) «Усовершенствованія въ выдѣлкѣ трубъ безъ шва» (№ 1543). Патентная формула защищаетъ: а) способъ прокатки, б) трубу (какъ результатъ такой прокатки), состоящую изъ короткихъ некруглыхъ соединенныхъ частей и т. д., и с) станокъ для прокатки по означенному способу и т. д.

6) «Способъ обработки отбросовъ вулканизированнаго каучука (и получаемый при этомъ продуктъ)». (№ 4459).

Такъ какъ юридическое значеніе указанныхъ выше категорій заключается, главнымъ образомъ, въ объемѣ гарантируемой ими защиты, то соотвѣтственныя указанія и будутъ приведены ниже [1]).

IV.

§ 164. По изложенію своему, патентная формула можетъ относиться къ двумъ несхожимъ типамъ. Элементарное мышленіе довольствуется, такъ называемыми, энумеративными кляймами, процвѣтающими въ С. Штатахъ. Сущность этого типа заключается въ томъ, что изобрѣтатель разлагаетъ свое изобрѣтеніе на отдѣльныя части, отбираетъ наиболѣе важные для осуществленія его идеи крючки, шестерни, поползушки и патрубки, и затѣмъ составляетъ рядъ кляймовъ, въ каждомъ изъ коихъ дается возможная комбинація нѣсколькихъ изъ означенныхъ существенныхъ частей. Такимъ образомъ, при энумеративной системѣ ни одинъ изъ кляймовъ не воплощаетъ идейнаго содержанія изобрѣтенія; но всѣ въ совокупности, они могутъ давать довольно удовлетворительную защиту, такъ какъ контрафакторъ, убавляя или прибавляя нѣсколько эквивалентовъ, все-таки попадетъ подъ одну изъ измышленныхъ изобрѣтателемъ комбинацій.

Нѣмецкій патентамтъ пошелъ много дальше: и въ этомъ лежитъ его громадная заслуга. Благодаря стараніямъ проф. Hartig'a, нѣмцы довольно быстро выработали свою собственную, много болѣе совершенную, систему редактированія формулъ. Hartig всю жизнь свою боролся противъ американскихъ кляймовъ, утверждая, что они только запутываютъ дѣло. Въ самомъ дѣлѣ, если машина состоитъ изъ 15 существенныхъ частей, то комбинаціонныхъ кляймовъ можно сдѣлать

$$2^{15} - 1 = 32.767 \text{ штукъ } [2]).$$

[1]) См. глава IV, раздѣлъ II.

[2]) Studien aus der Praxis etc., стр. 141.

«Такія перечисленія—говоритъ Hartig [1])—относятся къ настоящему опредѣленію логически-техническаго содержанія машины, какъ собраніе паспортныхъ «примѣтъ», къ исчерпывающему описанію этико-интеллектуальной физіономіи даннаго лица». Патентъ выдается на единое изобрѣтеніе: формула должна подчеркивать это единство и изображать ту идею, которая одухотворяетъ данный комплексъ приспособленій [2]). Нѣмецкая формула, поэтому, прежде всего старается въ единой связной фразѣ выразить ту основную идею, которая реализована изобрѣтателемъ. Конечно, не всѣ опыты въ этомъ направленіи оказались пока удачными [3]), однако, бо̀льшая цѣнность второго типа формулъ, сравнительно съ первымъ, несомнѣнна. Нѣмецкой формулѣ принадлежитъ будущее: надо только дать ей время выработаться.

Русскія формулы склоняются къ нѣмецкому типу. Комитетъ, въ общемъ присутствіи, неоднократно отклонялъ жалобы (американскихъ) изобрѣтателей, желавшихъ замѣнить единую логическую предложенную имъ отдѣломъ формулу совокупностью 20-и или 30-и энумеративныхъ кляймовъ.

---

[1]) Ibid., стр. 197.

[2]) Одинъ изъ очерковъ Hartig'a снабженъ, въ видѣ эпиграфа, извѣстнымъ четверостишіемъ:

„Wer will das Lebendige erkennen und beschreiben.
„Sucht erst den Geist herauszutreiben,
„Dann hat er die Theile in seiner Hand,
„Fehlt, leider! nur das geistige Band".

Studien, стр. 136.

[3]) Въ особенности страшными кажутся эти громоздкія конструкціи англичанамъ, не привыкшимъ къ абстрактному мышленію. „I presume the german themselves know what these claims mean, but I must confess I often did not". Clark, въ Proceedings etc., VII, стр. 39.

ГЛАВА III.

Содержаніе права изъ патента.

Отдѣлъ первый. Права патентодержателя.

I. § 164[a]. Постановка вопроса.

II. Общія права патентодержателя. § 165. A. Общая характеристика статьи 22-й Положенія. § 166. Право изготовлять изобрѣтеніе. § 167. Право употреблять изобрѣтеніе. § 168. Право распространять изобрѣтеніе. § 169. B. Экономическое использованіе означенныхъ правъ. Лицензія. Общая постановка вопроса. § 170. a. Субъектъ лицензіи. Лицензіатъ. Акціонерныя компаніи. § 171. Лицензіаръ. § 172. b. Объектъ лицензіи. § 173. c. Виды лицензій и ихъ установленіе. § 174. Молчаливыя лицензіи. § 175. Простая, исключительная и полная лицензія. § 176. d. Содержаніе лицензнаго права. 1. Права лицензіара. § 177. 2. Обязанности лицензіара. Гарантія технической примѣнимости. § 178. Гарантія юридической дѣйствительности патента. § 179. 3. Права лицензіата. § 180. 4. Обязанности лицензіата. § 181. e. Прекращеніе лицензій. § 182. Конструктивные выводы.

III. Вліяніе зависимости патентовъ на объемъ правъ. § 183. Объектъ зависимыхъ патентовъ § 184. Связь съ объектомъ основного патента. § 185. Порядокъ выдачи зависимыхъ патентовъ. § 186. Значеніе ихъ для конструкціи объема правъ. § 187. Прекращеніе зависимыхъ патентовъ. § 188. Выводы.

I.

§ 164[a]. Полученіе патента создаетъ для изобрѣтателя значительный комплексъ правъ и обязанностей. Что касается первыхъ, то они конструируются по двумъ схемамъ: по общему правилу, патентодержатель получаетъ права, перечисленныя въ ст. 22-й Положенія, безусловно; въ видѣ же исключенія, и именно при выдачѣ патента въ формѣ зависимой привилегіи (ст. 28-ая Положенія),—права эти присваиваются ему условно, т.-е. «по взаимному соглашенію съ держателемъ другой

привилегіи» (такъ называемой, основной). Поэтому, въ раздѣлѣ второмъ настоящей главы я сперва изображу нормальную конструкцію правъ патентодержателя (изготовленіе, употребленіе и распространеніе),—а затѣмъ отмѣчу вліяніе, которое оказываетъ на судьбу патента объявленіе его «зависимости».

Въ третьемъ раздѣлѣ я изображу двѣ главныя обязанности патентодержателя, а именно: уплату пошлинъ и приведеніе изобрѣтенія въ дѣйствіе.

II.

§ 165. Права патентодержателя изображены, въ Положеніи, въ крайне плохо редактированной статьѣ 22-й, гласящей:

«22. Получившій привилегію имѣетъ право исключительнаго пользованія указаннымъ въ ней изобрѣтеніемъ или усовершенствованіемъ въ теченіе всего срока дѣйствія привилегіи и вслѣдствіе того можетъ: 1) приводить въ исполненіе изобрѣтеніе или усовершенствованіе, принимать мѣры къ его распространенію и дозволять другимъ пользованіе онымъ; 2) отчуждать самую привилегію на весь срокъ ея дѣйствія или на часть сего срока, и 3) преслѣдовать по суду самовольное пользованіе его правами по привилегіи и всякое иное нарушеніе сихъ правъ, со дня публикаціи о выдачѣ охранительнаго свидѣтельства (ст. 7 и 8), а также искать удовлетворенія въ понесенныхъ отъ того убыткахъ...»

Уже на первый взглядъ бросается въ глаза то обстоятельство, что въ приведенной статьѣ второй пунктъ является неумѣстнымъ, такъ какъ онъ не имѣетъ никакого отношенія къ объему правъ, присвоенныхъ патентодержателю: возможность измѣненій въ лицѣ носителя правъ не можетъ вліять на предѣлы тѣхъ правомочій, которыя принадлежатъ данному субъекту въ каждый данный моментъ. Затѣмъ, столь же несо-

мнѣнно, что пунктъ первый и пунктъ третій говорятъ, въ сущности, объ одномъ и томъ же, причемъ первый изображаетъ сущность правъ патентодержателя, а пунктъ третій говоритъ о (само собой разумѣющейся) возможности судебной защиты этихъ правъ; такимъ образомъ, пунктъ третій является, въ концѣ концовъ, безполезнымъ. Наконецъ, столь же несомнѣнно, что и пунктъ первый редактированъ неаккуратно, ибо онъ не упоминаетъ самаго важнаго момента въ конструкціи патентнаго права: момента исключительности. Несомнѣнно, что «приводить въ исполненіе» свое изобрѣтеніе всякій можетъ и безъ привилегіи: получившій привилегію отличается отъ неполучившаго привилегіи тѣмъ, что онъ можетъ исключительно приводить, исключительно продавать и т. д.

Въ виду намѣченныхъ редакціонныхъ промаховъ статьи 22-й [1]), толкованіе ея представляетъ очень большія трудности, изъ коихъ далеко не всѣ могутъ быть рѣшены съ полною увѣренностью.

§ 166. Первымъ элементомъ правомочій, предоставляемыхъ патентодержателю п. 1-ымъ статьи 22-ой, является право (sc.: исключительное) «приводить изобрѣтеніе или усовершенствованіе въ исполненіе». Такое право признается за патентодержателемъ всѣми патентными законами; оно обозначается заграницей терминами: fabrication, Herstellung, manufacturing (или making), adoperamento (или fabbricazione).

Вопросъ о томъ, что́ именно нужно признать изготовленіемъ (фабрикаціей) продукта, есть, конечно, вопросъ факта. Въ частности, починка патентованной вещи можетъ быть признаваема фабрикаціей, если она является настолько обширною, что можетъ быть разсматриваема какъ воспроизведеніе существенныхъ частей машины или прибора [2]).

---

[1]) Редакція статьи 11-й проекта II въ этомъ отношеніи была гораздо проще и яснѣе: „употреблять, изготовлять и распространять предметъ изобрѣтенія“.

[2]) Въ этомъ смыслѣ: Goodyear Dental Vulcanite C° v. Puterre (1878);

Назначеніе изготовленной вещи является моментомъ безразличнымъ. Поэтому, изготовленіе изобрѣтенія для цѣлей экспортированія въ такія страны, гдѣ оно не защищено патентами, или для цѣлей выпуска въ продажу послѣ истеченія срока даннаго патента [1]) — все-таки явилось бы дѣяніемъ наказуемымъ. Въ виду категорическаго смысла ст. 22-й, п. 1 Положенія, необходимо пойти даже дальше и сказать, что всякое изготовленіе, какъ матеріальный фактъ, должно считаться контрафакціей, т.-е. даже въ томъ случаѣ, если у изготовляющаго не было никакого намѣренія распространять изготовленное имъ изобрѣтеніе [2]). Важное ограниченіе абсолютности этого правила изложено ниже, въ главѣ IV.

§ 167. Вторымъ элементомъ правомочій, предоставляемыхъ патентодержателю, является исключительное право употреблять патентованное изобрѣтеніе [3]). Объ этомъ статья 22, п. 1 говоритъ описательно, выдвигая на первый планъ одно изъ частныхъ слѣдствій такого права: «имѣетъ право исключительнаго пользованія... и вслѣдствіе того можетъ... дозволять другимъ пользованіе». Введеніемъ элемента пользованія законъ 1896 г. существенно измѣнилъ защиту патентодержателей, сравнительно съ тѣмъ, какъ она конструировалась по старому Уставу о Промышленности. А именно, ст. 171-ая этого послѣдняго говорила глухо о «правѣ пользоваться изобрѣтеніемъ, какъ своею неотъемлемою и исключительною собственностью». Практика же толковала это постановленіе въ томъ ограничительномъ смыслѣ, что запрещала пользованіе только процессами и орудіями производства, а по отношенію къ продуктамъ—всякое

Gottfried v. Conrad Seipp Brewing C°, (1881); Trib. de Lyon, 2 марта 1873, Mainié, II, стр. 271, и другія рѣшенія, цитированныя у него же. Ср. любопытное рѣшеніе Reichsgericht, 15 ноября 1893 г., Gareis, X, стр. 303—311.

[1]) Ср. Mainié, II, стр. 252—253.

[2]) Contra, американская практика, см. Robinson, III, § 898 и прим.;— h. s., французская практика, см. Mainié, II, стр. 250 и сл.

[3]) Оно, до нѣкоторой степени, является аналогіей права публичнаго исполненія въ области литературной собственности.

пользованіе считала дозволеннымъ [1]). Отмѣчу при этомъ, что указанное существенное измѣненіе объема правъ патентодержателя совершено было какъ-то незамѣтнымъ образомъ: мотивы Министерства Финансовъ обходятъ этотъ вопросъ полнымъ молчаніемъ [2]). Между тѣмъ, ограниченія стараго Устава, въ указанномъ смыслѣ, были явно несправедливыми [3]). Они сводились, къ тому, что разрѣшали свободное пользованіе, между прочимъ, такими продуктами, которыхъ главное, если не единственное, назначеніе заключается не въ непосредственномъ потребленіи, а въ употребленіи при опредѣленныхъ процессахъ производства, какъ, напримѣръ, порохомъ, искусственными удобреніями, и т. п. веществами. Въ результатѣ же получалось слѣдующее: изготовленіе такихъ продуктовъ заграницей было свободнымъ, ввозъ въ Россію—также [4]); слѣдовательно, всякій могъ покупать контрафактный порохъ или удобреніе и употреблять его въ своемъ предпріятіи (напр., при горныхъ работахъ и т. д.). Въ виду всего этого, измѣ-

[1]) „Способы осуществленія чужой привилегіи на изобрѣтеніе зависятъ отъ свойства того изобрѣтенія, которое ограждено привилегіею. Если привилегія выдана на изготовленіе какихъ-нибудь предметовъ, то всякое изготовленіе ихъ безъ разрѣшенія владѣльца привилегіи будетъ нарушеніемъ его права на привилегію. Если она выдана только на опредѣленный способъ или пріемъ, то нарушеніемъ ея будетъ употребленіе такого способа или пріема... Если привилегія имѣетъ предметомъ какой нибудь пріемъ при помощи для того и огражденныхъ привилегіею орудій, то нарушеніемъ привилегіи будетъ какъ изготовленіе такихъ орудій, такъ и употребленіе ихъ для огражденныхъ привилегіею пріемовъ". Мотивы Угол. Уложенія, томъ VII, 1895, стр. 576 и 577. — Неклюдовъ, Руководство, II, стр. 438 говоритъ только о фабрикаціи, обходя пользованіе полнымъ молчаніемъ; его ввела въ заблужденіе ст. 172 Устава.

[2]) Дѣло № 5641, стр. 150.

[3]) Они совпадаютъ съ положеніемъ, созданнымъ въ Германіи статьею 4-ою закона 1877, измѣненной въ 1891 году и гласившей: „Bildet ein Verfahren, eine Maschine oder eine sonstige Betriebsvorrichtung, ein Werkzeug oder ein sonstiges Arbeitsgeräth den Gegenstand der Erfindung, so hat das Patent... die Wirkung, dass Niemand befugt ist, ohne Erlaubniss des Patentinhabers das Verfahren anzuwenden oder den Gegenstand der Erfindung zu gebrauchen".

[4]) См. выше, томъ I, § 56.

ненія, внесенныя статьею 22-ою, п. 1, нужно признать вполнѣ справедливыми и цѣлесообразными [1]).

Вопросъ о томъ, что именно нужно считать употребленіемъ изобрѣтенія, есть, конечно, вопросъ факта. Въ частности, зависимость понятія употребленія изобрѣтенія отъ тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдуетъ употребляющій, мѣняется въ связи съ характеромъ самаго изобрѣтенія. При продуктахъ должно быть запрещено всякое употребленіе, т.-е. въ томъ числѣ и такое, которое не было предусмотрѣно изобрѣтателемъ [2]). При орудіяхъ же, употребленіе для какой нибудь совершенно новой цѣли можетъ составить, само по себѣ, новое изобрѣтеніе, которое, въ такомъ случаѣ, должно будетъ обсуждаться по принципамъ зависимыхъ изобрѣтеній [3]).

§ 168. Наконецъ, третьимъ элементомъ правомочій, предоставляемыхъ патентодержателю, является право распространять изобрѣтеніе. Этотъ моментъ выраженъ въ ст. 22, п. 1 словами: «принимать мѣры къ распространенію».

По разбираемому вопросу дѣйствующій законъ также существенно отличается отъ стараго Устава, который, какъ объяснено было мною подробно въ исторической части [4]), не запрещалъ даже ввоза патентованныхъ изобрѣтеній изъ-за границы.

Вопросъ о томъ, что надо считать распространеніемъ изобрѣтенія, есть, конечно, вопросъ факта. Замѣчу, однако, что формула, употребленная въ ст. 22, п. 1, представляется, повидимому, излишне эластичною. «Принимать мѣры къ распространенію»—является понятіемъ много болѣе широкимъ, чѣмъ «распространять». Бук-

[1]) Текстъ французскаго закона, весьма неясный по данному вопросу, повелъ къ большой контроверзѣ; новѣйшіе толкователи склоняются къ тому, чтобы признать употребленіе патентованныхъ продуктовъ запрещеннымъ. Ср. Mainié, II, стр. 274—280. Замѣтимъ при этомъ, что у него весьма плохо проведено существенное въ данномъ случаѣ различіе продукта, какъ такового, и продукта, какъ орудія производства.

[2]) Ср. § 160.

[3]) См. ниже, §§ 183—188.

[4]) Томъ I, § 56.

вально толковать это постановленіе невозможно: тотъ, кто нанимаетъ рабочаго для производства чужой (патентованной) работы — уже принимаетъ мѣры къ распространенію изобрѣтенія. Но уголовной санкціи за это дѣяніе, какъ таковое, конечно, никто подлежать не можетъ. Иначе съ офертою: можно почти увѣренно сказать, что предложеніе продать продуктъ будетъ признано судами наказуемымъ дѣяніемъ. Или точнѣе: оферта несомнѣнно наказуема, если она касается изготовленнаго уже продукта; оферта вѣроятно наказуема, если она касается продукта имѣющаго быть изготовленнымъ или ввезеннымъ въ страну. Всякое выставленіе на продажу (на выставкѣ, въ магазинѣ и т. д.) несомнѣнно наказуемо [1]).

Столь же несомнѣнно, что понятіе распространенія шире, чѣмъ понятіе выпуска въ обращеніе: т. е., что наказуемымъ является не только первая продажа, но и всякая послѣдующая перепродажа [2]). Отмѣчу, впрочемъ, что важное ограниченіе этого правила изложено мною ниже, въ связи съ ученіемъ о такъ называемыхъ «молчаливыхъ» лиценціяхъ [3]).

Ввозъ продуктовъ, изготовленныхъ правомѣрно заграницей, очевидно, также подойдетъ подъ понятіе мѣръ, направленныхъ къ распространенію [4]). Осторожнѣе приходится высказаться о простомъ транзитѣ. Если изъ страны, гдѣ изготовленіе даннаго продукта дозволено,

---

[1]) Нѣмецкій законъ употребляетъ для обозначенія этого дѣйствія спеціальный терминъ „feilhalten“ (ст. 4). Я думаю, что v. Calker (Die Delicte gegen das Urheberrecht, Halle a. S., 1894, стр. 150) ошибается, утверждая, что „feilhalten“ есть видъ понятія „in Verkehr bringen“. Выставленіе на продажу, если предметъ не вышелъ изъ рукъ продавца, можетъ быть признано не распространеніемъ, а лишь мѣрой, направленной къ распространенію.

[2]) Нѣмцы противополагаютъ Inverkehrbringen и Inverkehrsetzen. Ср. Obertribunal Berlin, 13 февраля 1874, цит. у Kohler, Patentrecht, 1878. стр. 101.

[3]) Ср. ниже, § 174.

[4]) Мнѣ совершенно непонятно то, что говоритъ о ввозѣ Kohler Handbuch., на стр. 444.

этотъ послѣдній перевозится, по русской территоріи или подъ русскимъ флагомъ, въ страну, гдѣ продажа его также не запрещена,—то, повидимому, нѣтъ основаній считать права русскаго патентодержателя нарушенными. Хотя транзитъ есть «мѣра къ распространенію», но самое распространеніе, имѣющееся въ данномъ случаѣ въ виду, является дозволеннымъ: а это обстоятельство должно быть принято во вниманіе при оцѣнкѣ и самой «мѣры». Иностранныя законодательства, по вопросу о транзитѣ, не представляютъ точной и однообразной картины [1]).

Наконецъ, несомнѣнно, что «распространеніе» значительно шире понятія продажи. Подъ распространеніемъ надо разумѣть всякое дѣйствіе, коимъ переносится на третьихъ лицъ владѣніе или вещное право на матеріальный предметъ, воплощающій данное изобрѣтеніе: дареніе, закладъ, продажа съ публичнаго торга и даже простая фактическая передача,—составятъ наказуемое дѣяніе. Лишь одинъ вопросъ, часто поднимающійся въ практикѣ, заслуживаетъ, по этому поводу, спеціальнаго разсмотрѣнія. Дозволено ли распространять способъ производства? Т. е., конкретно: патентодержатель А. обвиняетъ [2]) конкурента В. въ томъ, что тотъ сообщилъ многимъ лаковымъ фабрикантамъ, живущимъ заграницей и не знавшимъ объ опубликованіи данной Patentschrift,—рецептъ патентованнаго лака, выручивъ за это 40,000 марокъ. Reichsgericht усмотрѣлъ въ такомъ дѣяніи наличность состава контрафакціи. Я не думаю, чтобы это рѣшеніе могло бы быть признано правильнымъ. Если мы представимъ себѣ, что В. сообщалъ рецептъ фабрикантамъ, живущимъ внутри территоріи, то это сообщеніе могло бы быть конструируемо двояко: или какъ выдача лицензіи, или какъ простое указаніе

---

[1]) Въ Англіи транзитъ запрещенъ: Betts v. Neilson, Frost, op. cit., стр. 502.—Въ Германіи онъ дозволенъ: Kohler, Patentrecht, стр. 111.—Во Франціи, послѣ многихъ колебаній, судебная практика склоняется къ дозволенности: Mainié, II, стр. 352—356.

[2]) Reichsgericht, 28 февраля 1900 г., Gareis, XIV, стр. 249 и сл.

на наличность хорошаго рецепта, указаннаго въ Patentchsrift'ѣ. Въ первомъ случаѣ дѣяніе B'a, по отношенію къ третьимъ лицамъ могло бы быть мошенничествомъ, но по отношенію къ патентодержателю A оно не можетъ быть контрафакціей, ибо выдача лиценціи въ указанныхъ условіяхъ есть актъ юридически ничтожный и, слѣдовательно, не могущій создать ни выгодныхъ, ни невыгодныхъ послѣдствій. Во второмъ случаѣ, простое указаніе на напечатанный въ официальномъ сборникѣ хорошій рецептъ также не можетъ быть дѣяніемъ наказуемымъ, ибо сборники эти для того и печатаются, чтобы всѣ знали о новыхъ хорошихъ изобрѣтеніяхъ. Умолчаніе же о томъ, что хорошій рецептъ взятъ изъ официальнаго сборника, само по себѣ, не можетъ создать наказуемость по ст. 1353. Наконецъ, фактъ сообщенія за границу, съ своей стороны, также не могъ создать такой наказуемости.

Въ виду всего этого, я считаю, что цитированное рѣшеніе неправильно [1]), и что распространеніе, предусмотрѣнное въ ст. 21, п. 1, не касается распространенія въ смыслѣ разсказыванія. Распространять можно только матеріальные предметы, а не способы производства.

§ 169. Всѣ только что перечисленныя права принадлежатъ патентодержателю исключительно, т. е.

[1]) Приведу отрывокъ мотивовъ эта крайне печальнаго рѣшенія. „Nun ist aber dem Berufungsgerichte auch darin beizutreten, dass, bei einem patentirten Verfahren ein „in Verkehrbringen und Feilhalten" darin zu erblicken ist, dass ein Unberechtigter innerhalb der Schutzfrist das Rezept eines ihm durch die Patentschrift bekannt gewordenen Verfahrens, um es gewerblich zu verwerthen, an Interessenten gegen Entgelt weiter giebt. Wer so handelt, masst sich die gewerbliche Verwerthung eines Erfinderrechts an, dessen ausschliessliche Nutzung innerhalb der Schutzfrist nach dem Willen des Gesetzes ausschliesslich und unverkürzt dem Erfinder zustehen soll... Er benützt damit das geistige Eigenthum des Beklagten widerrechtlich zu eigenem Vortheil" (стр. 262 и 263). Въ этомъ рѣшеніи нельзя не видѣть вреднаго вліянія, оказываемаго на суды теоріей промышленной собственности. Если патентное право есть собственность на идею (какъ это изображаетъ Kohler и другіе), то конечно разсказывающій эту идею—„benützt" чужую собственность... Можно представить себѣ, къ какимъ невѣроятнымъ стѣсненіямъ оборота привело бы послѣдовательно проведеніе въ жизнь такихъ толкованій закона.

такъ, что только онъ одинъ можетъ продавать, изготовлять и употреблять изобрѣтеніе, въ только что изображенныхъ смыслахъ. Экономическое использованіе этого монополистическаго положенія можетъ быть совершаемо въ двоякой формѣ: или изобрѣтатель работаетъ самъ, — или же онъ, за деньги, снимаетъ съ третьихъ лицъ лежащій на нихъ запретъ, дозволяя имъ работать, продавать или употреблять изобрѣтеніе. Это сниманіе запрещенія производится путемъ особаго юридическаго института лиценцій [1]), нынѣ подлежащаго нашему разсмотрѣнію.

Изложеніе ученія о патентной лиценціи требуетъ анализа слѣдующихъ пяти вопросовъ:

a. Субъектъ лиценцій (лиценціаръ, лиценціатъ).

b. Объектъ лиценцій.

c. Установленіе лиценцій и различные виды ихъ.

d. Содержаніе лиценцій (права и обязанности лиценціара и лиценціата).

e. Прекращеніе лиценцій.

Къ разсмотрѣнію этихъ вопросовъ я и перехожу.

§ 170. a. Субъектъ. Лиценціатомъ (получающій лиценцію, Lizenznehmer) можетъ быть, очевидно, всякое дѣе- и правоспособное лицо. Никакихъ ограниченій въ этомъ отношеніи ни одно законодательство не знаетъ. Впрочемъ, есть основанія думать, что акціонерныя компаніи не могутъ быть въ Россіи держателями лиценцій. «Получившій привилегію на новое изобрѣтеніе, если пожелаетъ привести оное въ дѣйствіе посредствомъ компаніи уже существующей, или вновь для сего учреждаемой, долженъ прежде переуступить ей свою привилегію, оставаясь затѣмъ самъ при общихъ правахъ учредителя компаніи или простого акціонера» (ст. 2145, т. X, ч. I). Какъ бы плохо ни была редактирована приведенная статья, однако смыслъ ея ясенъ: руковод-

---

[1]) L. Munk, Die patentrechtliche Lizenz, Berlin, 1897;—E. Kloeppel, Der Lizenzvertrag, eine patentrechtliche Untersuchung, Leipzig, 1896; — Schall, Zur Lehre vom Lizenzvertrag, въ Arch. civ. Praxis, LXXII.

ствуясь устарѣлыми взглядами *) на опасность предоставленія монопольныхъ правъ (въ томъ числѣ и патентовъ) безлично-могущественнымъ компаніямъ, законъ требуетъ, чтобы эксплоатированіе патентованныхъ изобрѣтеній посредствомъ акціонерныхъ капиталовъ производилось не иначе, какъ въ формѣ полной передачи патента въ собственность. Тотъ, кто пожелаетъ «приводить изобрѣтеніе въ дѣйствіе посредствомъ компаніи... долженъ переуступить ей свою привилегію». «Дѣйствіе привилегіи распространяется на компанію только въ такомъ случаѣ, когда привилегія будетъ уступлена оной посредствомъ акта, на законномъ основаніи составленнаго» (ст. 2145, т. X, ч. I).

Итакъ лиценціатомъ въ Россіи можетъ быть всякое юридическое или физическое лицо, кромѣ акціонерныхъ компаній [1]).

*) Объ этихъ взглядахъ, см. выше, стр. 38. — Повидимому, ст. 2145 и 2152, томъ X, ч. 1 — основаны на кодификаціонномъ недоразумѣніи. Онѣ были согласованы со статьей 193-ьею стараго Устава о Промышленности. Съ отпаденіемъ этой статьи (ср. проектъ III, статья 4-ая),—уничтожалась raison d'être этихъ двухъ и еще нѣсколькихъ статей того раздѣла десятаго тома, который трактуетъ объ акціонерныхъ компаніяхъ. Въ самомъ дѣлѣ, до тѣхъ поръ, пока привилегіи выдавались и передавались акціонернымъ обществамъ, каждый разъ, съ особаго разрѣшенія правительства—имѣло смыслъ: 1) установлять, что „компанія, получившая привилегію, не въ правѣ вступать въ товарищество съ другою компаніею на акціяхъ, или уступать ей свою привилегію, безъ особеннаго разрѣшенія на то правительства“ (ст. 2152); 2)—запрещать выдачу лицензій акціонернымъ компаніямъ (ст. 2145); 3)—установлять особый видъ уничтоженія привилегіи въ случаѣ, если подписка не покроетъ сполна акціонерный капиталъ (ст. 2154); и, наконецъ, 4)—вводить особый видъ досрочнаго прекращенія привилегій въ случаѣ „закрытія компаніи“ (ст. 2156). Всѣ эти нормы имѣли въ виду устранить возможныя злоупотребленія.—Но разъ, по новому закону, привилегіи выдаются акціонернымъ компаніямъ абсолютно тѣмъ же порядкомъ, какъ и частнымъ лицамъ, и разъ покупка привилегій дозволена этимъ компаніямъ безъ всякаго спеціальнаго разрѣшенія правительства, всѣ перечисленныя статьи должны были быть уничтожены. Нынѣ онѣ не имѣютъ никакого смысла. Въ виду этого, я позволяю себѣ игнорировать ихъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда возможно въ нихъ терминъ „привилегія“ разумѣть не въ томъ смыслѣ, какъ онъ употребляется въ Положеніи 1896 г., а въ смыслѣ особыхъ преимуществъ, дарованныхъ акціонерной компаніи.

[1]) Считаю нужнымъ замѣтить, что на практикѣ означенное запрещеніе выдавать лицензіи акціонернымъ компаніямъ никѣмъ никогда не соблюдается.

§ 171. Лиценціаромъ является патентодержатель. Изложенное выше ученіе объ отношеніяхъ со-держателей одного патента (см. §§ 151 и 152) позволяетъ мнѣ безъ дальнѣйшихъ комментаріевъ указать, что отдѣльные со-держатели не могутъ порознь выдавать лиценціи третьимъ лицамъ, не заручившись на то согласіемъ товарищей [1]).

Такъ какъ, по закону, держатель охранительнаго свидѣтельства, въ случаѣ послѣдующей выдачи патента, приравнивается—по объему правъ—къ патентодержателю (ст. 8 Положенія), то необходимо признать, что ему принадлежитъ право «дозволять другимъ пользованіе изобрѣтеніемъ» (Положéніе, ст. 22, п. 1). Правда, статья 8-ая не оговариваетъ спеціально такого права; но очевидно, что держатель, могущій преслѣдовать контрафакторовъ со дня опубликованія охранительнаго свидѣтельства, можетъ и отказаться — въ извѣстныхъ предѣлахъ и за опредѣленное вознагражденіе—отъ такого права. И этотъ отказъ будетъ равносиленъ выдачѣ соотвѣтствующей лиценціи.

Вопросъ о томъ, можетъ ли выдавать лиценціи такой изобрѣтатель, который еще не заявилъ своего изобрѣтенія,—рѣшается, очевидно, въ отрицательномъ смыслѣ. Конечно, ничто не мѣшаетъ третьему лицу купить у изобрѣтателя извѣстный этому послѣднему секретъ: но это возмездное оказаніе услуги подчиняется совсѣмъ инымъ правиламъ, чѣмъ выдача лиценціи [2])—и только апріорными побужденіями можно объяснить старанія Munk'a [3]) доказать аналогію этихъ двухъ казусовъ.

[1]) Вслѣдствіе указанныхъ выше причинъ, англо-американская практика допускаетъ, какъ бы, исключеніе изъ указаннаго въ текстѣ тезиса. Однако, нельзя не замѣтить, что съ co-owner, выдавшій лиценцію, отвѣтственъ передъ товарищами за полученное имъ вознагражденіе (Washburn and Moen Mfg. C° v. Chicago Galvanized Wire Fence C°, 1884, Robinson, II, 596 и друг.;—въ Англіи: Mathers v. Green (?), Wallace, стр. 332).

[2]) И прежде всего: нарушеніе договора лиценціи можетъ повлечь уголовное преслѣдованіе за контрафакцію; правило, отнюдь не распространяемое на сообщеніе непатентованныхъ секретовъ.

[3]) Munk, op. cit., стр. 27.

Вопросъ о томъ, можетъ ли лиценціатъ являться вторичнымъ лиценціаромъ, т.-е. можетъ ли онъ выдавать подъ-лиценціи, разобранъ дальше, въ связи съ вопросомъ о правахъ и обязанностяхъ лицъ, вступающихъ въ договоръ лиценціи (см. § 179).

§ 172. Объектомъ лиценціи являются различныя права, проистекающія изъ патента. Насколько передача патента, по самому существу своему, не допускаетъ дробленія его (ср. § 157), настолько разнообразными и многочисленными являются комбинаціи различныхъ правъ, передаваемыхъ лиценціаромъ.

Всѣ три принципа дѣленія, намѣченные мною, какъ мыслимые, но не практичные для передачъ патентовъ (ср. выше, § 157), безпрепятственно могутъ быть примѣняемы къ лиценціямъ. Поэтому [1]):

A. Лиценція можетъ быть ограниченною территоріально—и это положеніе дѣла не вызоветъ ни одного изъ тѣхъ практическихъ неудобствъ, которыя я указывалъ для передачъ. Одинъ лиценціатъ, очевидно, можетъ получить дозволеніе изготовлять патентованное изобрѣтеніе только на своей одесской фабрикѣ, а другой—только на московскихъ заводахъ, и эти параллельныя дозволенія не вызовутъ на практикѣ никакихъ столкновеній.

B. Лиценція можетъ быть ограничена по времени. Положеніе, не требующее комментаріевъ: A можетъ получить лиценцію на 2 года, B—параллельно также на 2 года, а C—на всѣ 15 лѣтъ.

Наконецъ, C. Лиценція можетъ быть ограничена по содержанію. И здѣсь также мыслимы два оттѣнка. Ограничено можетъ быть или ея техническое (α), или ея юридическое (β) содержаніе.

Ad α. Никто не мѣшаетъ патентодержателю разрѣшить лиценціату работать лишь по одному изъ пунктовъ патентной формулы: это не вызоветъ никакихъ сомнѣній ни по отношенію къ третьимъ лицамъ, ни по

[1]) Kohler, Handbuch, стр. 519—524.

отношенію къ Отдѣлу Промышленности, ибо при всякой выдачѣ лиценціи единственнымъ управомоченнымъ (активно и пассивно) лицомъ остается патентодержатель.

Ad β. То же самое можно сказать и о дѣленіи по юридическому содержанію. Поэтому, мыслимы лиценціи на изготовленіе изобрѣтенія (ср. § 166),—на употребленіе изобрѣтенія (§ 167),—на продажу изобрѣтенія и даже только на ввозъ изобрѣтенія (§ 168).

Кромѣ указанныхъ трехъ способовъ ограниченія, лиценціи допускаютъ еще и четвертый, имъ однѣмъ свойственный и уже ни въ какомъ случаѣ (логически) не примѣнимый къ передачамъ патентовъ: ограниченія по количеству. Дозволеніе изготовлять въ годъ не свыше извѣстнаго числа экземпляровъ патентованной машины является примѣромъ такой лиценціи [1]).

Основнымъ правиломъ при толкованіи договоровъ о лиценціяхъ является favor negotii: внѣ спеціально-оговоренныхъ ограниченій, лиценція предполагается выданною въ возможно болѣе широкомъ смыслѣ. Поэтому, между прочимъ, если не оговорено противное, лиценціату должно быть предоставлено право пользоваться всѣми дополнительными привилегіями лиценціара, хотя бы и полученными послѣднимъ послѣ заключенія договора о лиценціи: это вытекаетъ изъ того правила, что всякая дополнительная привилегія есть нераздѣльная часть основной [2]). Наоборотъ, привилегіи зависимыя (ср. глава III, раздѣлъ III), не переходятъ ipso jure въ пользованіе лиценціата [3]).

---

[1]) Мыслимы также и комбинаціи этихъ четырехъ формъ. Однако не всѣ 15, какъ это слѣдовало бы по комбинаціонной формулѣ изъ 4-хъ элементовъ. Причина: такъ называемыя stillschweigende Lizenzen, необходимыя лиценціи, о которыхъ см. ниже, стр. 87 и сл.

[2]) Спеціально оговорено въ ст. 22 француз. закона 1844 г. — Терминъ „gesetzliche Lizenz", употребляемый Munk'омъ (op. cit., стр. 56—65) вводитъ лишь ненужную путаницу: новой лиценціи въ данномъ случаѣ не выдается, а просто старая распространяется своимъ дѣйствіемъ на пертиненціи ея объекта, ср. ниже, отдѣлъ III.

[3]) Это, конечно, можетъ повести на практикѣ къ несправедливостямъ и къ заключенію завѣдомо-недобросовѣстныхъ сдѣлокъ. Нѣкоторые мы-

§ 173. с. Виды лиценцій и ихъ установленіе. Нѣкоторые авторы, разбирая вопросъ о лиценціяхъ, намѣренно, повидимому, умножаютъ количество различныхъ видовъ лиценцій. Поскольку они при этомъ оговариваютъ, что это созиданіе новыхъ сортовъ лиценцій не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ различія юридическихъ содержаній,—такое занятіе не можетъ принести ни вреда, ни пользы. Но когда подъ видомъ особыхъ лиценцій начинаютъ проводить институты, ничего общаго съ лиценціями не имѣющіе (см. ниже, о «молчаливыхъ» лиценціяхъ, § 174) — указанный пріемъ становится источникомъ недоразумѣній и ошибокъ.

Къ первой группѣ, т.-е. къ категоріи лиценцій обособленныхъ лишь по названію, а не по юридическому своему содержанію, можно отнести принудительныя, обратныя и законныя лиценціи.

Подъ принудительными лиценціями, Munk [1]) разумѣетъ такія, которыя выдаются патентодержателемъ потому, что онъ долженъ такъ поступить въ силу спеціальныхъ велѣній закона. Институтъ принужденія къ выдачѣ лиценцій (Lizenzzwang) имѣетъ, очевидно, самостоятельное мѣсто въ системѣ патентнаго права: не въ отдѣлѣ о правахъ патентодержателя, а въ отдѣлѣ объ обязанностяхъ его. Лиценція же, выданная патентодержателемъ вслѣдствіе того, что законъ понуждалъ его къ выдачѣ таковой (Zwanglizenz),—по содержанію своему ничѣмъ не отличается отъ всякой другой, добровольной лиценціи. Поэтому, выдѣленіе этого «вида» не составляетъ никакого выигрыша для научнаго разсмотрѣнія предмета.

Подъ обратными лиценціями разумѣется обыкновенно слѣдующее: патентодержатель можетъ передать другому лицу полное вещное право на свой патентъ, выговоривъ себѣ право пользоваться патентованнымъ

слимые палліативы для регуляризованія такого положенія — см. Munk, op. cit., стр. 92—93.

[1]) Munk, op. cit, стр. 66 и сл.

изобрѣтеніемъ [1]). Въ этомъ случаѣ, такъ же какъ и въ предъидущемъ, содержаніе лиценціи, полученной прежнимъ патентодержателемъ отъ новаго патентодержателя ничѣмъ не отличается отъ содержанія всякой иной лиценціи,—и не гарантируетъ лиценціату никакого спеціально-бо̀льшаго объема правъ.

Наконецъ, подъ законною лиценціею Munk [2]) разумѣетъ два института: указанное выше (§ 172, in fine) распространеніе выданной лиценціи на всѣ дополнительныя привилегіи, которыя могъ бы получить лиценціаръ послѣ выдачи лиценціи, и 2) право держателя зависимой привилегіи (установленное, напримѣръ, ст. 12-й швейцарскаго закона 29 іюня 1888 г. и ст. 21 австрійскаго закона 11 января 1897 г.) требовать, чтобы держатель основного патента выдалъ ему, въ указанныхъ закономъ случаяхъ, лиценцію.

Что касается перваго случая, то соотвѣтствующее постановленіе французскаго и схожихъ съ нимъ законовъ [3]) можетъ и должно быть толкуемо не какъ выдача новой, «законной» лиценціи, а просто какъ распространеніе первоначальной лиценціи на всѣ принадлежности основного патента: можетъ, потому что это дозволяется законами юридической логики; должно—потому что этимъ достигается бо̀льшая простота конструкціи. Практически, терминологія Munk'а привела бы къ тому, что мы принуждены были бы отрицать существованіе аналогичнаго института въ Россіи: законная лиценція можетъ быть установлена только закономъ; русское Положеніе такого вида лиценцій не установляетъ, ergo и т. д. Если же особаго сорта «законныхъ» лиценцій не установлять, то толкованіемъ

[1]) Gamewell Fire-Alarm Telegraph C° v. Brooklyn (1882), Robinson, II, стр. 52. пр. 1.—Ср. Munk, op. cit., стр. 34—35.

[2]) Ibidem, стр. 56 и сл.

[3]) Art. 22: „Les cessionnaires d'un brevet, et ceux qui auront acquis d'un breveté ou de ses ayants droit la faculté d'exploiter la découverte ou l'invention, profiteront, de plein droit, des certificats d'addition qui seront ultérieurement délivrés au breveté ou à ses ayants droit". Ср. турецкій законъ 1 марта 1886 г., ст. 28.

ст. 27-ой Положенія мы придемъ къ положительному результату.

Что же касается второго случая, то онъ представляетъ частный видъ принудительныхъ лицензій, и, слѣдовательно, къ нему примѣнимо все сказанное выше, на стр. 85. Обязанность выдать такую лицензію можетъ быть анализируема въ ученіи о правахъ держателя зависимаго патента, а содержаніе выданной, въ силу этой обязанности, лицензіи ничѣмъ не отличается отъ содержанія всякой иной.

§ 174. Изложенные до сихъ поръ виды лицензій представляютъ, какъ я указывалъ выше, лишь безвредныя схоластическія distinctiones. Мнѣ остается отмѣтить еще одинъ «видъ» лицензій, существованіе котораго противорѣчитъ законамъ юридической логики и можетъ вызвать крупныя практическія недоразумѣнія.

Я имѣю въ виду, такъ называемыя, молчаливыя (stillschweigende) лицензіи. Подъ этимъ терминомъ авторы разумѣютъ слѣдующее: «выдача лицензіи можетъ implicite заключаться въ такомъ договорѣ, который непосредственно преслѣдуетъ иныя цѣли [1]); напр., при продажѣ патентованной машины предполагается, что патентодержатель выдаетъ покупателю «молчаливую» лицензію пользоваться этою машиною.

Изъ указаннаго предположенія о возможности существованія «молчаливыхъ» лицензій должны — по всей строгости юридической логики — вытекать слѣдующія важныя слѣдствія:

1) если патентодержатель X., продавая машину, спеціально оговорилъ, что онъ не дозволяетъ покупателю A. пользоваться ею, и если затѣмъ этотъ покупатель A. перепродалъ машину третьему лицу B.,—то это третье лицо совершитъ контрафакцію, если будетъ пользоваться купленною машиною, даже не зная объ оговоркѣ, включенной въ договоръ продажи между патентодержателемъ X. и покупателемъ B [2]).

[1]) Munk, op. cit., стр. 45.

[2]) Такъ и училъ Kohler въ 1878 году (Patentrecht, стр. 161 и сл.);

2) Если машина была украдена и потомъ продана bona-fide-пріобрѣтателю Д., то этотъ Д. также окажется виновнымъ въ контрафакціи, если станетъ пользоваться машиною [1]).

3) Если патентодержатель Х. продалъ машину торговцу Е. и дозволилъ ему перепродать эту машину съ правомъ употребленія, не предоставляя, однако, ему самому такого права употребленія, то теорія «молчаливой лиценціи» заставляетъ авторовъ конструировать этотъ обыденный случай слѣдующимъ образомъ: торговецъ Е. самъ не получилъ лиценціи на употребленіе машины; самъ выдавать лиценціи, хотя бы «молчаливыя», онъ не въ правѣ, не будучи патентодержателемъ; слѣдовательно, покупатель Z., купившій у него машину, получаетъ молчаливую лиценцію или отъ Е., какъ повѣреннаго Х'а (практически это влечетъ массу затрудненій), или же непосредственно отъ Х'а, какъ бы черезъ голову Е'а [2]). Какія затрудненія создаетъ на практикѣ эта вторая гипотеза, можно судить по одному новѣйшему рѣшенію нѣмецкаго Reichsgericht'а [3]). Обстоятельства дѣла заключались въ слѣдующемъ: фирма С. Н. & Н. N. продала купцу Х. 60 экземпляровъ патентованной за нею машины, дозволивъ ему перепродавать ихъ съ «молчаливыми» лиценціями употребленія; купецъ Х. уплатилъ за означенныя машины наличными деньгами; нѣсколько позднѣе, та же фирма продала весь патентъ фирмѣ С. & С°; послѣдняя, основываясь на

впрочемъ, онъ отказался впослѣдствіи отъ подобнаго взгляда (Aus dem Patent- und Industrierecht, I, стр. 70; Handbuch, стр. 452 и сл.). Ср. Munk, стр. 50—51.

[1]) Munk, стр. 52, стоящій на точкѣ зрѣнія молчаливой лиценціи, лишь косвеннымъ образомъ приходитъ къ отрицанію указаннаго въ текстѣ невозможнаго положенія.

[2]) Kohler въ неудержимомъ стремленіи аналогизировать съ вещною собственностью, „объясняетъ“ (ibid.) эту конструкцію ссылкою на бумагу на предъявителя! Не знаю, легче ли будетъ лиценціату отъ того, что ему скажутъ, что купленная имъ машина есть акція, а право фабрикаціи... купонъ! Лучше ли онъ отъ этого разберется въ своихъ правахъ и обязанностяхъ?—Сомнѣваюсь.

[3]) Reichsgericht, 19 декабря 1898 г., Gareis, XII, стр. 101—105.

томъ тезисѣ, что передача патента уничтожаетъ всѣ ранѣе выданныя лицензіи (ср. § 181), обратилась къ купцу X. съ требованіемъ прекратить торговлю машинами и не выдавать никакихъ «молчаливыхъ» лицензій; а на отказъ она отвѣтила обвиненіемъ въ контрафакціи. Соотвѣтствующее рѣшеніе Reichsgericht'а возбуждаетъ очень много недоумѣній, и выводъ, правильный самъ по себѣ, очевидно находится въ противорѣчіи съ тѣми исходными пунктами, отъ которыхъ отправляется рѣшеніе. Запуталось же дѣло лишь потому, что Reichsgericht настойчиво искалъ молчаливую лицензію въ такомъ отношеніи, гдѣ ни о какой лицензіи, вообще, говорить невозможно.

Институтъ «молчаливыхъ» лицензій долженъ быть конструируемъ слѣдующимъ образомъ.

Объектомъ права изъ патента является охарактеризованная въ патентной формулѣ техническая идея (ср. § 160). Слѣдовательно, объектъ права изъ патента, точно такъ же какъ и объектъ права на патентъ (§ 96),—всегда нематеріаленъ.

Однако, это идейное единство можетъ иногда, при нѣкоторыхъ особенныхъ условіяхъ, матеріализироваться: патентъ выданъ на сифонъ особаго рода; объектомъ патента является идейное содержаніе формулы, отнюдь не самый сифонъ, изготовленный согласно описанію; но самый сифонъ является тѣмъ матеріальнымъ субстратомъ, въ коемъ овеществляется идея изобрѣтенія. До сихъ поръ я пользовался этимъ положеніемъ для расширенія правъ изобрѣтателя, для охраненія его отъ тѣхъ посягателей, которые измѣняютъ матеріальный субстратъ, но не идейное содержаніе, и думаютъ избѣжать тѣмъ наказаній, положенныхъ за контрафакцію. Въ настоящемъ мѣстѣ мнѣ надлежитъ вывести изъ того же принципа слѣдствія не выгодныя для патентодержателя.—Матеріальный сифонъ не является объектомъ патентнаго права: разъ изготовленіе его совершилось правомѣрно, предметъ, какъ таковой, выходитъ,

въ дальнѣйшихъ своихъ судьбахъ, изъ сферы вліянія патентнаго права.

Изъ этого положенія вытекаютъ такого рода слѣдствія:

1. Продавая изготовленную имъ машину, патентодержатель A. можетъ возложить на своего контрагента B. обязанность, напримѣръ, не пользоваться ею; однако, такое ограниченіе не обязательно для послѣдующихъ пріобрѣтателей той же машины: разъ патентованный продуктъ закономѣрно вошелъ въ область экономическаго оборота, онъ становится объектомъ общаго права собственности [1]) (см. выше, стр. 87, случай первый).

2. Если похитившій машину у ея патентодержателя станетъ пользоваться ею, то онъ будетъ отвѣчать за кражу (матеріальнаго предмета) и за самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ, но не за контрафакцію (стр. 88, случай 2-ой).

3. Купившій машину у продавца E. (ibidem, случай 3-ій) будетъ пользоваться ею не въ силу фиктивной лиценціи, а просто потому, что машина эта, какъ таковая, не подлежитъ дѣйствію патентнаго права.

Въ томъ же смыслѣ необходимо рѣшить и случаи пріобрѣтенія патентованной машины въ силу закладного права или съ публичныхъ торговъ. Въ большинствѣ случаевъ, ясно выраженная воля патентодержателя была бы направлена противъ выдачи лиценціи на пользованіе: и, слѣдовательно, ни о какой молчаливой лиценціи не могло бы быть и разговора. А между тѣмъ, право пользованія матеріальнымъ объектомъ несомнѣнно при-

---

[1]) Не могу не цитировать рѣшенія судьи Mc. Lean, Boyd v. Brown (1843): „There can be no doubt that the original patentee, in selling rights for countries or states, might, by a special covenant, prohibit the assignee from vending the article beyond the limits of his own exclusive right. But in such case the remedy would be on the contract and not under Patent Law. For the law protects the thing patented, and not the products. The bedstead, which is the product, so soon as it is sold mingles with the common mass of property, and is only subject to general laws of property". Robinson, II, стр. 595.

надлежитъ пріобрѣтателямъ по обоимъ вышеуказаннымъ титуламъ.

Наконецъ, только указаннымъ освобожденіемъ матеріальной вещи отъ узъ патентнаго права можно объяснить, почему машина, изготовленная въ силу ограниченной территоріально или временно лиценціи, можетъ быть продаваема и употребляема внѣ соотвѣтствующей мѣстности и послѣ окончанія срока соотвѣтствующей лиценціи.

Итакъ, «молчаливая» лиценція есть логическое слѣдствіе того начала, что объектъ патентнаго права всегда нематеріаленъ: поэтому, матеріальная вещь, какъ таковая, не подчинена запретамъ этого права. Молчаливая лиценція не есть институтъ патентнаго права: это есть понятіе предѣловъ его дѣйствія [1]).

Указанная конструкція, между прочимъ, объясняетъ, почему институтъ «молчаливыхъ» лиценцій вовсе не примѣнимъ къ патентамъ, выданнымъ на способъ производства: способъ не можетъ матеріализироваться иначе, какъ въ формѣ продукта или приспособленія.

§ 175. Итакъ, по общему правилу, всякая лиценція устанавливается путемъ договора [2]). Договоръ этотъ можетъ имѣть троякую степень интенсивности:

1. Лиценціаръ можетъ договориться, что лиценціату будетъ дозволено производить опредѣленныя дѣйствія (простая лиценція).

2. Лиценціаръ можетъ дать простую лиценцію и, кромѣ того, обязаться впредь не выдавать другихъ та-

---

[1]) Изъ рѣшенія Landesgericht'a zu Hagen, 21 сентяб. я 1892 (Gareis, IX, стр. 282 и сл.): часовщикъ H. G. выдалъ фирмѣ K. Th. W. разрѣшеніе изготовлять патентованные за нимъ часы съ тѣмъ, чтобы продажа ихъ совершалась исключительно черезъ фирму H. L. Фирма K. Th. W. нарушила послѣднее соглашеніе. „Eine Weiterveräusserung von aechten, mit Erlaubniss d s Patentinhabers hergestellten und in den Handel gelangten patentirten Gegenständen“ не наказуема. „Derartige contractliche Abmachungen zwischen dem Patentinhaber und dritten Personen sind durch das Patentgesetz nicht geschützt“.

[2]) Kohler, Handbuch, стр. 588 и сл.

кихъ же лиценцій (исключительная лиценція); и, наконецъ,

3. Лиценціатъ можетъ выдать исключительную лиценцію и, кромѣ того, обязаться, что онъ самъ впредь не будетъ производить тѣхъ же дѣйствій (полная лиценція).

Послѣдняя форма лиценціи даетъ уже очень сильную степень защиты отъ конкурренціи и, по экономическимъ результатамъ, можетъ приближаться (если она выдана на 15 лѣтъ) къ передачѣ патента. Однако, она, все-таки, остается договорнымъ отношеніемъ между двумя сторонами и не создаетъ для лиценціата никакихъ вещныхъ правъ. Поэтому, съ юридической точки зрѣнія полная и безсрочная лиценція, все-таки, принципіально отличается отъ передачи патента. Напримѣръ:

1. Если полный лиценціатъ не станетъ платить причитающихся съ него взносовъ, то договоръ лиценціи можетъ быть признанъ расторгнутымъ, и право патентодержателя возстановляется въ полномъ своемъ объемѣ.— Если же совершена была продажа патента подъ условіемъ повторныхъ уплатъ, то неисполненіе послѣдняго требованія, конечно, не переноситъ права на патентъ отъ пріобрѣтателя обратно продавцу.

2. Если выдавшій полную лиценцію станетъ, въ нарушеніе договора, самъ фабриковать изобрѣтеніе, то онъ платитъ убытки. Продавшій патентъ отвѣчаетъ въ аналогичномъ случаѣ за контрафакцію.

3. Право преслѣдовать контрафакторовъ остается за патентодержателемъ, хотя бы онъ и выдалъ полную лиценцію. И т. д.

Форма договора, устанавливающаго лиценцію, особо законами не предусматривается. Но нѣкоторыя государства требуютъ опубликованія такихъ договоровъ (напр., въ видѣ внесенія соотвѣтствующей отмѣтки [1]) въ па-

[1]) Англійскій законъ 1883 г., ст. 23; — австрійскій законъ 1897 г., ст. 23;—швейцарскій законъ 1888 г., ст. 5. Въ Италіи этотъ вопросъ очень споренъ: дѣло De Morsier v. Grugnola, Cass. Torino, 18 августа 1886, цит. у Bosio, Privative, стр. 202 и 19 (16?) іюля 1889 года, цит. въ Journal Clunet, XVII, стр. 966. Ср. Propr. Ind., III, стр. 31—32 и ibid., V, стр.

тентный регистръ). Въ Россіи соотвѣтствующая статья говоритъ только о передачахъ, а не о лиценціяхъ (Полож., ст. 25).

§ 176. d. Содержаніе лиценцнаго права. Содержаніе всякой лиценціи можетъ быть раздѣлено на четыре категоріи постановленій: 1) права лиценціара, 2) обязанности лиценціара, 3) права лиценціата, и 4) обязанности лиценціата.

1. Права лиценціара. Первое и самое важное право лиценціара заключается въ полученіи договореннаго вознагражденія. Мыслимы весьма разнообразныя системы уплаты лиценцныхъ премій: единовременно, періодическими взносами, поштучно. Послѣдняя форма является обычною, въ виду того, что она дозволяетъ довольно точно соразмѣрять количество уплачиваемой преміи съ интенсивностью пользованія изобрѣтеніемъ: чѣмъ больше предметовъ изготовляетъ и продаетъ лиценціатъ, тѣмъ больше онъ и уплачиваетъ лиценціару. Впрочемъ, эта система уплаты премій имѣетъ тотъ недостатокъ, что она предполагаетъ, какъ слѣдствіе,— право лиценціара контролировать производство лиценціата и даже, въ случаѣ надобности, обозрѣвать его торговыя книги. Палліативомъ можетъ служить система марокъ: лиценціатъ обязывается выпускать патентованные продукты не иначе, какъ снабжая каждый экземпляръ особою маркою, пріобрѣтаемою у патентодержателя.

Выдача лиценціи не лишаетъ лиценціара права выдавать произвольное количество новыхъ лиценцій третьимъ лицамъ. Это начало признано судебною практикою главнѣйшихъ странъ съ самымъ полнымъ единогласіемъ [1]).

138 и сл.—Ср. G. Giuliozzi e R. Bruscagli, Il diritto etc., стр. 72.—Несомнѣнно, что многія изъ лицъ, писавшихъ по поводу этого дѣла, не съумѣли различить двухъ самостоятельныхъ вопросовъ: 1) Требуется ли по ст. 46 итальянскаго закона 1854 г. регистрація лиценцій? и 2) можетъ ли дѣйствовать противъ третьяго лица не зарегистрованная лиценція?

[1]) См. въ этомъ смыслѣ Robinson, II, стр. 595;—Kloeppel, op. cit, стр. 22;—Pouillet, стр. 274;—Mainié, I, стр. 623 и мн. другіе;—Kohler, стр. 595.—Ср. выше, стр. 91—92.

Если выдана исключительная лицензія (см. § 175), то параллельныя лицензіи, выданныя вопреки соглашенію, признаются дѣйствительными; однако, исключительный лицензіатъ имѣетъ право требовать возмѣщенія убытковъ.

Кромѣ указанныхъ правъ лицензіара, французскій законъ 1844 г. (ст. 22) устанавливаетъ еще одно: лицензіаръ имѣетъ право пользоваться всѣми добавочными патентами, которые могъ бы получить лицензіатъ на усовершенствованія того изобрѣтенія, которое является объектомъ договора лицензіи. Это постановленіе, одно изъ французскихъ Zwangmittel, скопировано въ тунисскомъ и турецкомъ законахъ.

§ 177. 2. Обязанности лицензіара. Изъ самаго существа лицензіи вытекаетъ, что лицензіаръ, прежде всего, обязанъ не осуществлять, по отношенію къ лицензіату, того своего права запрещенія, которое предоставлено ему патентомъ.

Второстепенныя же обязанности лицензіара могутъ заключаться въ предоставленіи гарантіи технической или юридической стороны патента. Подъ гарантіей технической стороны патента нужно разумѣть удостовѣреніе того факта, что данное изобрѣтеніе, дѣйствительно, даетъ тѣ результаты, которые изложены въ описаніи. Подъ гарантіей юридической стороны патента—удостовѣреніе того факта, что данный патентъ дѣйствуетъ и не является ничтожнымъ. Объ эти гарантіи могутъ быть включены въ договоръ expressis verbis, — и въ этомъ случаѣ онѣ не возбуждаютъ никакихъ сомнѣній. Гораздо болѣе труднымъ является тотъ случай, когда договоръ не содержитъ никакихъ спеціальныхъ оговорокъ о гарантіи. Каковыми являются въ этомъ послѣднемъ случаѣ обязанности лицензіара?

По вопросу о технической гарантіи мы встрѣчаемся съ довольно серьезною контроверзою. Kohler [1]) утверждаетъ, что патентодержатель «отвѣтствуетъ за техни-

[1]) Handbuch, стр. 589.

ческую примѣнимость изобрѣтенія». Онъ выставляетъ этотъ тезисъ, какъ безспорный, — но, къ сожалѣнію, ничѣмъ его не мотивируетъ: единственный приведенный у него аргументъ, а именно ссылка на аналогію съ договоромъ найма, не можетъ имѣть доказательной силы по той простой причинѣ, что именно эта аналогія и составляетъ quod probandum. Аналогично мнѣніе Pouillet [1]): «подобно нанимателю, лиценціатъ имѣетъ право на гарантію недостатковъ переданной вещи,—недостатковъ, мѣшающихъ спокойному пользованію ею; сюда нужно отнести, напримѣръ, невозможность осуществить изобрѣтеніе технически». У этого автора мы, слѣдовательно, также находимъ простое утвержденіе, съ мимолетною ссылкою на аналогію съ договоромъ найма. И противъ него, слѣдовательно, также можно возразить указаніемъ на методологическую ошибку апріорнаго аналогизированія. Есть ли лиценція — договоръ найма, или нѣтъ? Для того, чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо разобраться въ деталяхъ этого договора, сравнить ихъ съ деталями договора найма — и только потомъ, путемъ индукціи, вывести отвѣтъ. Обратный же пріемъ не можетъ быть признанъ научнымъ.

Если обратиться къ практикѣ, то мы замѣтимъ, что стороны, заключая договоръ лиценціи, всегда требуютъ спеціальной оговорки о технической гарантіи, т.-е. признаютъ невозможность презюмировать такую гарантію въ случаѣ молчанія договора. Изъ всѣхъ извѣстныхъ мнѣ судебныхъ рѣшеній, только одно [2]) признало, in dubio, наличность технической гарантіи. Да и это рѣшеніе не имѣетъ принципіальнаго значенія, такъ какъ договоръ, заключенный сторонами, ясно указывалъ на то, что лиценціатъ сознавалъ недостатки патентованной машины, но разсчитывалъ, что они будутъ устранены лиценціаромъ. Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ можно предполагать, что стороны, все-таки, до-

[1]) Traité, стр. 295.
[2]) Reichsgericht, 8 декабря 1888; Garcis, X, стр. 157—160.

говорились, путемъ конклюдентныхъ заявленій, о включеніи гарантіи. — Руководящее же рѣшеніе того же Reichsgericht'а категорически отрицаетъ [1]), in dubio, наличность технической гарантіи. Это рѣшеніе указываетъ, что предметъ договора лиценціи составляетъ единственно обѣщаніе патентодержателя не пользоваться своимъ правомъ запрещенія. До тѣхъ поръ, пока патентъ продолжаетъ дѣйствовать, его держатель имѣетъ возможность исполнять свое обязательство по отношенію къ лиценціату. Но выданный патентъ и, вмѣстѣ съ нимъ, право запрещенія, очень часто продолжаютъ дѣйствовать, несмотря на то, что изобрѣтеніе, въ сущности, является не примѣнимымъ въ промышленности. Поэтому, такая примѣнимость не должна быть разсматриваема какъ естественное условіе договора лиценціи; отсутствіе примѣнимости въ промышленности не даетъ лиценціару права отказаться отъ договора, ссылаясь на ошибку; его ошибка въ указанномъ случаѣ являлась бы ошибкой не въ предметѣ договора, а въ мотивахъ.

Что касается англійскихъ и американскихъ судовъ, то они, безъ малѣйшихъ колебаній, отрицаютъ наличность гарантіи за техническую примѣнимость даннаго изобрѣтенія [2]).

Мнѣ кажется, что только что изображенная практика должна быть признана вполнѣ цѣлесообразной. Подъ техническою примѣнимостью, въ разбираемомъ вопросѣ, можно понимать двѣ вещи; или ту элементарную примѣнимость, которая составляетъ одно изъ основныхъ условій патентоспособности [3]),—или же нѣкоторую повышенную примѣнимость, въ смыслѣ «выгодной» примѣнимости, — приносящей прибыль примѣнимости. Въ первомъ случаѣ намъ пришлось бы признавать ничтожнымъ договоръ о лиценціи потому, что ле-

[1]) Reichsgericht, 5 декабря 1893; ср. Kloeppel, op. cit, стр. 27—28.

[2]) Robinson, II, стр. 596;—Wallace, стр. 343: „in such case both parties have contracted innocently, on the footing that the patent is good, and there is no implied warranty that the patent is good.“.

[3]) См. томъ I, стр. 378 и сл.

жащій въ основаніи его патентъ оказался ничтожнымъ: этотъ казусъ будетъ разсмотрѣнъ ниже, въ связи съ болѣе общимъ вопросомъ о вліяніи ничтожности вообще. Во второмъ случаѣ рѣчь идетъ объ уничтоженіи договора лиценціи (и, эвентуально, о возвратѣ уже уплаченныхъ премій) только потому, что данная лиценція не принесла лиценціату всей той денежной выгоды, на которую онъ разсчитывалъ. Очевидно, что принявъ подразумѣваемую гарантію лиценціара въ этомъ смыслѣ, мы уничтожили бы всякую возможность заключенія договоровъ о выдачѣ лиценцій. Это признаетъ даже Kohler [1]).

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что, in dubio, лиценціаръ не обязанъ гарантировать лиценціату техническую примѣнимость изобрѣтенія, въ смыслѣ экономической выгодности. При этомъ предполагается резервированнымъ вопросъ о гарантіи лиценціара за техническую примѣнимость изобрѣтенія въ смыслѣ его патентоспособности.

§ 178. Каковы обязанности лиценціара по отношенію къ эвентуальной ничтожности его патента? Гарантируетъ ли онъ лиценціату, что патентъ не будетъ признанъ ничтожнымъ? Или, конкретно: какова судьба договора о лиценціи (и, эвентуально, уже уплаченныхъ премій) въ случаѣ объявленія патента ничтожнымъ [2])?

Всѣ авторы согласны въ томъ отношеніи, что объявленная ничтожность патента прекращаетъ договоръ о лиценціи въ отношеніи его дальнѣйшаго дѣйствія: лиценціаръ, если бы и хотѣлъ, не могъ бы запретить лиценціату данное производство; слѣдовательно, этотъ послѣдній не имѣетъ рѣшительно никакихъ основаній платить первому выкупъ. Трудности начинаются лишь

---

[1]) Handbuch, стр. 590.

[2]) Dankmar Asch, Die Wirkung der Nichtigkeitserklärung des Patents auf den Lizenzvertrag, Diss., Berlin, 1899.—R. Schall, „Zur Lehre vom Lizenzvertrag. Einfluss der nachträglichen Vernichtung eines Erfindungspatentes auf Verträge behufs Ueberlassung eines theils patentirten, theils geheim gehaltenen Verfahrens“, въ Arch. civ. Praxis, LXXII, стр. 128—160.

тогда, когда заходитъ рѣчь объ уплаченныхъ уже преміяхъ. Можно ли требовать ихъ возврата?

Kohler отвѣчаетъ утвердительно [1]): при абсолютной ничтожности патента договоръ о выдачѣ лиценціи не обязателенъ для нанимателя (!); послѣдній не обязанъ платить премій и можетъ «требовать назадъ тѣ, которыя уже были имъ уплачены». Ходъ мыслей у Kohler'а можетъ быть изображенъ такъ: патентное право есть право эксплоатировать изобрѣтеніе [2]); — лиценція есть наемъ этого права (!); — ничтожный патентъ долженъ быть разсматриваемъ, какъ никогда не существовавшій;— значитъ, держатель ничтожнаго патента не могъ ничего передать въ наемъ лиценціату;—значитъ, уплаченныя sine causa деньги должны быть возвращены.

Эти разсужденія, опять-таки, составляютъ образецъ того апріористическаго метода, противъ котораго я уже столько разъ высказывался выше. Въ самомъ дѣлѣ, страшно становится, когда подумаешь, сколько произвольныхъ, невѣдомо откуда взятыхъ, апріорныхъ посылокъ заключается въ только что изложенной аргументаціи Kohler'a. Патентное право аналогично праву собственности — a priori; патентное право содержитъ не только право запрещенія, но и положительную возможность эксплоатировать данное изобрѣтеніе—a priori; лиценція есть наемъ—a priori и т. д. Всѣ эти положенія нужно доказать не дедукціей изъ произвольно взятой и не допускающей провѣрки основной посылки,— а индукціей изъ того, что наблюдается въ жизни. А жизнь, какъ оказывается, всецѣло становится на сторону противниковъ Kohler'a. Да и не мудрено: если мы представимъ себѣ, что лиценціатъ 10 лѣтъ безпрепятственно пользовался всѣми выгодами монопольнаго положенія;—что онъ, можетъ быть, нажилъ милліоны благодаря эксплоатированію даннаго изобрѣтенія, — и что онъ уплатилъ лишь незначительную часть своего

---

[1]) Handbuch, стр. 591.

[2]) См. Послѣсловіе, IV.

дохода лиценціару; если мы затѣмъ вообразимъ, что на 11-й годъ, вдругъ, случайно, обнаружилась ничтожность патента,—то мы признаемъ, что невозможно заставить патентодержателя возвратить тѣ преміи, которыя были уплачены ему лиценціатомъ, хотя бы и по трижды ничтожному патенту.

И дѣйствительно, мы видимъ, что суды всѣхъ цивилизованныхъ странъ отрицаютъ, in dubio, гарантію ничтожности патента. Такъ, въ Германіи можно сослаться на рѣшенія: Preuss. Ober-Tribunal, 14 января 1873 г. [1]),— Reichs-Oberhandelsgericht, 25 марта 1876 г. [2]), — и, въ особенности, Reichsgericht, 23 декабря 1886 г. [3]). Для Англіи руководящими являются рѣшенія: Grover and Baker Sewing Machine C⁰ v. Millard [4]) (1865), Taylor v. Hase [5]) (1805) и African Gold Recovery C⁰ v. Sheba Gold Mining C⁰ [6]) (1897). Для Франціи: Grenoble, 20 іюля 1877 [7]). Въ С. Штатахъ разбираемый вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній.

Въ виду подавляющаго единомыслія всѣхъ указанныхъ рѣшеній, Kohler принужденъ дать хотя бы какое-нибудь объясненіе для своей точки зрѣнія. Но тѣ немногія строки, которыми онъ отдѣлывается, ясно показываютъ всю несостоятельность его метода [8]): онъ сваливаетъ

[1]) Gareis, I, стр. 226—227.

[2]) Gareis, I, стр. 230—236: „Bis zur Zurücknahme des Patents konnte Kläger dem Verklagten die Benützung der patentirten Erfindung verbieten, er hat aber auf Grund seiner vertragsmässigen Verpflichtung dem Verklagten gegenüber von seinem Verbietungs- und Ausschliessungsrecht keinen Gebrauch gemacht... Er kann daher auch für den betreffenden Zeitraum die stipulierte Gebrauchs-Vergütung fordern".

[3]) „Der Lizenzträger kann der Fiction der Rückwirkung ungeachtet nicht bestreiten, dass er bis zur Nichtigkeitserklärung—vielleicht viele Jahre hindurch—die Erfindung unter dem bestandenem Patentschutze ausgebeutet, dass ihm bis dahin Alles geleistet worden sei, was er aus dem Vertrage zu fordern hatte". Gareis, VI, стр. 213.

[4]) Frost, стр. 384.

[5]) Wallace, стр. 343.

[6]) Frost, стр. 384.

[7]) Mainié, I, стр. 640.

[8]) „So scharf nun diese Idee begründet ist, so sehr ist sie bestritten, und dies müsste gegenüber einem so bindenden juristischen Nachweise seltsam

вину на старую привилегіонно-факультативную систему, по коей, будто бы, привилегія дѣйствуетъ до тѣхъ поръ пока она не объявлена ничтожной,—и противополагаетъ ей новую, «современную» точку зрѣнія, согласно коей патентъ, объявленный ничтожнымъ, долженъ быть признанъ никогда не существовавшимъ. Kohler утверждаетъ, что, будто бы, вторая точка зрѣнія необходимо требуетъ, какъ логическаго своего слѣдствія, - возврата премій за лиценцію, основанную на объявленномъ ничтожнымъ патентѣ. По моему же мнѣнію, обѣ указанныя точки зрѣнія имѣютъ слишкомъ отдаленную связь съ вопросомъ объ уплатѣ лиценцныхъ премій: логически онѣ съ этимъ вопросомъ не связаны, и получить Kohler'овскій результатъ можно только тогда, когда между первой посылкой и выводомъ будетъ произвольно вставлено два промежуточныхъ звена (вещный характеръ лиценціи,—позитивный характеръ патентнаго права). А эти два звена и составляютъ, именно, quod probandum.

Не мудрено, поэтому, что вся литература, даже не исключая и тѣхъ авторовъ, которые несомнѣнно принадлежатъ къ школѣ Kohler'а,—высказалась противъ берлинскаго профессора [1]).

Итакъ, мы получаемъ въ результатѣ, что лиценціаръ не обязанъ, in dubio, гарантировать лиценціату отсутствіе поводовъ для объявленія ничтожности того патента, который былъ положенъ въ основаніе договора о лиценціи.

§ 179. 3. Права лиценціата. Основнымъ правомъ лиценціата является возможность пользоваться патентованнымъ изобрѣтеніемъ въ предѣлахъ, выговоренныхъ договоромъ.

Второстепенными правами могли бы являться: a) возможность преслѣдовать контрафакторовъ, b) возмож-

---

erscheinen, wenn es nicht begreiflich wäre, dass die alte Privilegientheorie noch nachspielt etc..." Handbuch, стр. 591.

[1]) Munk, op. cit., стр. 148; — Kloeppel, op. cit., § 13; — M. Amar, Lettre d'Italie, въ Propr. Ind., XI, стр. 138—139;—Schall, op. cit., стр. 145.

ность передавать полученную лицензію, и с) возможность выдавать дальнѣйшія sub-лицензіи.

ad a. Въ случаѣ выдачи простой лицензіи [1]), очевидно, лицензіатъ не имѣетъ рѣшительно никакого юридическаго основанія для того, чтобы считать дѣйствія контрафакторовъ—нарушающими его интересы: вѣдь простая лицензія не запрещаетъ лицензіару выдать еще столько лицензій, сколько ему заблагоразсудится. Слѣдовательно, держатель простой лицензіи заранѣе допускаетъ возможность возникновенія серьезной конкурренціи: вопросъ же о томъ, отъ кого исходитъ эта конкурренція (отъ лицъ, имѣющихъ дозволеніе, или отъ контрафакторовъ),—не можетъ имѣть для него никакого практическаго значенія.

Нѣсколько инымъ представляется положеніе держателя исключительной или полной лицензіи [2]). Эти два вида лицензій имѣютъ цѣлью, именно, обезпечить лицензіата отъ конкурренціи: первая—отъ конкурренціи третьихъ лицъ, а вторая—даже и отъ конкурренціи самого патентодержателя. Слѣдовательно, дѣйствія контрафакторовъ должны быть признаны нарушающими, если не права, то, во всякомъ случаѣ, интересы полнаго и исключительнаго лицензіата. Не нужно забывать также и того обстоятельства, что дѣйствія конкуррентовъ-контрафакторовъ могутъ быть слѣдствіемъ прямого попустительства со стороны лицензіара, заинтересованнаго въ томъ, чтобы косвенно нарушить заключенный договоръ. Въ виду всего этого, въ литературѣ былъ высказанъ взглядъ [3]), согласно коему лицензіатъ можетъ искать убытки съ контрафакторовъ, въ виду того, что дѣйствія ихъ причиняютъ ему имущественный вредъ и, къ тому же, являются недозволенными закономъ *). Однако взглядъ этотъ остается безъ отзвука и въ ли-

[1]) См. § 175.

[2]) Ibidem.

[3]) Munk, op. cit., стр. 165—176; — Bozérian, въ Journal de la propr. ind., № 139;—ср. Mainié, I, стр. 635.

*) Т.-е. путемъ примѣненія ст. 1382 С. С. (= ст. 684, т. X, ч. 1).

тературѣ, и въ судебной практикѣ [1]): да нельзя и не признать, что одна изъ приведенныхъ посылокъ является не доказанною. А именно, невозможно утверждать, чтобы дѣйствія контрафактора дѣйствительно были бы противозаконными по отношенію къ третьимъ лицамъ (въ данномъ случаѣ: лиценціату), а не только по отношенію къ патентодержателю. Фабрикація изобрѣтенія, сама по себѣ, есть дѣйствіе безразличное: она можетъ быть деликтомъ лишь при точно опредѣленномъ положеніи, занятомъ точно опредѣленнымъ лицомъ.

Русскій законъ expressis verbis предоставляетъ право и гражданскаго, и уголовнаго преслѣдованія одному только патентодержателю (ст. 22, п. 3). Нарушенные же интересы полнаго или исключительнаго лиценціата могли бы быть охранены путемъ гражданскаго иска къ патентодержателю въ тѣхъ случаяхъ, когда можно было бы доказать его отвѣтственность за недостаточно энергичное преслѣдованіе контрафакторовъ [2]).

Въ виду только что приведеннаго категорическаго постановленія ст. 22-й Положенія, вопросъ о томъ, кому, по договору, предоставлено право преслѣдовать контрафакторовъ, можетъ служитъ важнымъ критеріемъ при толкованіи договоровъ о лиценціи. На практикѣ, вѣдь, не рѣдко обнаруживается, что стороны весьма неточно терминологизируютъ свои договоры, называя договоромъ купли то, что, въ сущности, является договоромъ лиценціи, и наоборотъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, одно упоминаніе о томъ, которой изъ сторонъ присваивается право преслѣдовать контрафакторовъ,—является, in dubio, рѣшающимъ моментомъ: передача этого права дѣлаетъ «лиценціата» собственникомъ патента.

[1]) Ср. многочисленныя судебныя рѣшенія, цит. у Mainié, I, стр. 634—635;—Frost, стр. 386—387.

[2]) De lege ferenda: желательно сохранить безъ всякихъ измѣненій приведенное постановленіе ст. 22-ой. Дѣло въ томъ, что было бы крайне вреднымъ для интересовъ патентодержателя, если бы всякому мелкому лиценціату было дозволено вчинать преслѣдованіе за контрафакцію: вѣдь въ случаѣ небрежнаго отношенія къ дѣлу, состоявшаяся res judicata могла бы сильно мѣшать патентодержателю.

ad b. Вопросъ о томъ, имѣетъ ли лиценціатъ право передать третьему лицу полученную имъ лиценцію, рѣшается, почти единогласно [1]), въ отрицательномъ смыслѣ.

Даже Kohler, считающій лиценцію quasi-вещнымъ договоромъ, категорически (въ сущности, не послѣдовательно) высказывается за то, что лиценціи не могутъ быть передаваемы третьимъ лицамъ, безъ согласія лиценціара [2]). Тотъ же отвѣтъ даетъ практика французскихъ [3]), англійскихъ [4]), американскихъ [5]) и нѣмецкихъ [6]) судовъ.

ad c. Вопросъ о томъ, можетъ ли лиценціатъ выдавать дальнѣйшія sub-лиценціи, рѣшается во всѣхъ законодательствахъ, точно также какъ и въ судебной практикѣ,—отрицательно. Если (см. ad b) лиценціатъ не можетъ передать полученной лиценціи цѣликомъ, — то еще меньше можетъ онъ создавать параллельныя лиценціи.

§ 180. 4. Обязанности лиценціата заключаются, главнымъ образомъ, въ уплатѣ договоренныхъ премій,—см. § 176.

Дабы сдѣлать возможнымъ контроль, онъ обязанъ допускать лиценціара къ обозрѣнію его производства или соотвѣтствующихъ книгъ, насколько это дѣйствительно вызывается характеромъ выданной лиценціи,— см. тамъ же.

Лиценціатъ не обязанъ фабриковать въ полныхъ предѣлахъ выданной ему лиценціи: эта послѣдняя даетъ ему право эксплоатаціи, но не налагаетъ обязанности эксплоатаціи. Въ частности, лиценціатъ можетъ вовсе

[1]) Нѣкоторыя колебанія имѣются въ американской практикѣ по вопросу о томъ, можетъ ли патентодержатель expressis verbis сдѣлать лиценцію свободно передаваемою: Dorsey Revolving Harvester Rake C° v. Bradley Mg. C° (1874), Robinson, II, стр. 615. — Ср. ст. 22 Австрійскаго закона 1897 года.

[2]) Handbuch, стр. 516—517.

[3]) Paris, 13 декабря 1882 г.; ср. Mainié, I, стр. 628—629.

[4]) Bowers v. Hodges, Wallace, стр. 347.

[5]) Robinson, § 823.

[6]) O. L. G. Dresden, 11 декабря 1882;—ср. Kohler, Handbuch, стр. 516, прим. 2.

не пользоваться выданной ему лиценціей. Поэтому, лиценціатъ не можетъ ссылаться на выданныя имъ лиценціи, какъ на доказательство того, что онъ привелъ изобрѣтеніе въ существенное дѣйствіе [1]). И еще менѣе можетъ онъ искать съ лиценціата убытки, если слѣдствіемъ непользованія полученною лиценціею будетъ прекращеніе патента по ст. 29, п. 3.

§ 181. е. Прекращеніе лиценцій. Выданная лиценція можетъ быть прекращена: 1) истеченіемъ срока патента, 2) обоюднымъ согласіемъ сторонъ, 3) истеченіемъ срока лиценціи, 4) использованіемъ объема лиценціи (напр., количественнаго) или наступленіемъ резолютивнаго условія, и 5) (спорно!) передачей патента отъ лиценціара третьему лицу.

Изъ приведенныхъ случаевъ только послѣдній требуетъ ближайшаго разсмотрѣнія. Вопросъ о томъ, обязательны ли для пріобрѣтателя патента такія лиценціи, относительно наличности коихъ онъ находился въ добросовѣстномъ невѣдѣніи въ моментъ покупки патента,—является чрезвычайно спорнымъ. Руководящія нѣмецкія судебныя рѣшенія высказываются противъ обязательности, конструируя лиценцное отношеніе, какъ договорную связь между лиценціаромъ и лиценціатомъ [2]). Новѣйшая же доктрина высказывается, съ довольно большимъ единодушіемъ, въ противоположномъ смыслѣ [3]). Сторонники примѣненія начала «Kauf bricht nicht Miethe» къ вопросу о судьбѣ лиценцій аргументируютъ, главнымъ образомъ, съ точки зрѣнія тѣхъ экономическихъ потрясеній, которымъ подвержена была бы промышленность, если бы всякая продажа патента уничтожала всѣ ранѣе выданныя лиценціи. Два интереса сталкиваются-де въ случаѣ продажи патента, обремененнаго лиценціями: интересъ пріобрѣтателя патента, затратившаго, можетъ

---

[1]) Ср. ниже, отдѣлъ второй.

[2]) Reichsgericht, Gareis, VI, стр. 208;—ср. Schall, въ Archiv für civ. Praxis, LXXII, стр. 128.

[3]) Kohler, Handbuch, стр. 598;—Seligsohn, Patentrecht, стр. 77—79;—Kloeppel, op. cit., стр. 34;—Munk, op. cit., стр. 112 и сл.

быть, большія деньги и затѣмъ узнающаго, что ему передали право, существенно обезцѣненное тѣми многочисленными лицензіями, которыя на немъ лежатъ;—и интересъ того лицензіата, который разсчитываетъ на выданное ему дозволеніе и потомъ узнаетъ, что вслѣдствіе продажи, коей онъ не могъ ни предупредить, ни уничтожить, — это дозволеніе сдѣлалось ничтожнымъ. Очевидно—говорятъ сторонники излагаемаго мнѣнія—второй изъ этихъ интересовъ заслуживаетъ бо́льшаго вниманія со стороны законодателя: пріобрѣтатель патента лишится только части того будущаго дохода, на который онъ могъ разсчитывать,—лицензіатъ же, коему остановятъ уже оборудованное производство, можетъ оказаться совершенно разореннымъ, въ виду внезапнаго обезцѣненія тѣхъ машинъ и приспособленій, которыя должны будутъ остаться у него на рукахъ, какъ мертвый капиталъ.

Всѣ эти соображенія не могутъ не быть признаны весьма вѣсскими. И поэтому, нельзя не привѣтствовать того нововведенія австрійскаго закона 1897 года [1]), согласно коему допускается регистрація выданныхъ лицензій—и, какъ слѣдствіе, абсолютное дѣйствіе зарегистрованныхъ лицензій противъ всѣхъ послѣдующихъ пріобрѣтателей патента.

Однако, несмотря на все вышеизложенное, lex lata наврядъ ли позволитъ намъ допустить вещное дѣйствіе русскихъ договоровъ о лицензіяхъ противъ послѣдующихъ пріобрѣтателей патента. Регистрація лицензій у насъ исключена недвусмысленнымъ текстомъ Положенія (ст. 25). Допустить же, что у насъ, въ 1896 г., былъ созданъ новый видъ вещнаго обремененія движимаго имущества и, притомъ, что этотъ новый видъ созданъ былъ такъ, что этого никто не замѣтилъ и нигдѣ, ни въ текстѣ закона, ни въ мотивахъ, не подчеркнулъ—невозможно. Насколько мнѣ извѣстно, практика придерживается того же взгляда и, признавая въ лицензіи

[1]) Статья 23, п. 2; ср. ст. 28 in fine.

лишь договорное отношеніе, старается облечь всѣ болѣе серьезныя лиценцныя соглашенія въ форму частичныхъ (опубликованныхъ) передачъ патента.

§ 182. Сводя воедино всѣ изложенныя въ предъидущихъ параграфахъ (§ 170—181) особенности понятія лиценціи, какъ специфико-патентнаго отношенія [1]),— можно прійти къ слѣдующимъ выводамъ.

Нѣкоторые ученые изображаютъ лиценцію въ видѣ института, аналогичнаго съ сервитутами, налагаемыми на матеріальные объекты собственности [2]). Такая постановка вопроса не можетъ быть признана правильною. Мы видѣли выше, съ одной стороны, что выданная лиценція не можетъ быть передана лиценціатомъ, безъ согласія патентодержателя, третьему лицу [3]), и, съ другой стороны, что наличныя лиценціи не являются обязательными для послѣдующаго пріобрѣтателя (bona fide) того патента, на основаніи коего онѣ выданы [4]): этотъ послѣдній тезисъ, какъ бы велика ни была, de lege ferenda, желательность противоположнаго, — представляется совершенно безспорнымъ de lege lata. Но оба указанныя свойства лиценціи, очевидно, являются несогласимыми съ установившимися воззрѣніями на институты вещнаго характера: залоговое право и сервитутъ отличаются, въ обоихъ указанныхъ отношеніяхъ, прямо противоположными свойствами. Къ сказанному нужно прибавить еще то обстоятельство, что лиценціатъ, даже исключительный, не имѣетъ права преслѣдовать контрафакторовъ [5]), т.-е. что онъ лишенъ того правомочія, которое безспорнымъ образомъ принадлежитъ патентодержателю. Эта особенность лиценціи также доказываетъ, что лиценціатъ не получаетъ ни цѣлостью, ни въ части (какъ говоритъ Kohler) того правомочія, которое составляетъ сущность

[1]) Въ авторскомъ правѣ ему отчасти аналогиченъ издательскій договоръ.

[2]) Kohler, Patentrecht, 158: „ein geringeres (?) quasidingliches Recht"; — e. s. O. Gierke, въ Goldschmidt's Zeitschrift, XXIX, стр. 275;—онъ же, Privatrecht, 1895, стр. 790.

[3]) Выше, стр. 103.

[4]) Выше, стр. 105.

[5]) Выше, стр. 102.

права изъ патента. Т.-е., она доказываетъ невозможность допустить, чтобы лиценція являлась передачею того, будто бы, вещнаго права, которое (по утвержденію Kohler'a) принадлежитъ патентодержателю.

Изложенныя особенности, наоборотъ, вполнѣ гармонически синтетизируются въ той конструкціи, которая является доминирующею и въ литературѣ [1]), и въ судебной практикѣ [2]), и согласно коей лиценція является чисто-личнымъ, договорнымъ отношеніемъ сторонъ. Сущность же этого договора заключается въ томъ, что, за нѣкоторую Gegenleistung, патентодержатель обязуется не осуществлять того права запрещенія, которое ему присваивается отъ государства въ формѣ патента. Это личное отношеніе не можетъ быть продаваемо лиценціатомъ (§ 179); оно не обязательно для послѣдующихъ пріобрѣтателей патента [3]) (§ 181); оно даетъ лиценціату эксцепцію противъ эвентуальнаго иска о нарушеніи даннаго патента, но отнюдь не право преслѣдовать третьихъ лицъ за контрафакцію (§ 179); оно не гарантируетъ лиценціату, что патентъ является юридическидѣйствительнымъ и что, не будь этой лиценціи, патентодержатель могъ бы осуществлять право запрета (§ 178); оно не гарантируетъ также и того, что эксплоатація лиценціара будетъ выгодною (§ 177). Единственно, что́

[1]) Schall, op. cit., стр. 130, прим. 1; — Kloeppel, op. cit., стр. 44; — C. Gareis, Patentgesetz etc., 1877, стр. 122; — R. Klostermann, Patentgesetz, 1877, стр. 161; — Rhenius, „Entstehung und Fälligkeit des Anspruchs auf eine Lizenzgebühr", въ Industrie-Schutz, 15 мая 1892, стр. 4.

[2]) Reichsgericht, 23 декабря 1886 г., Gareis, VI, стр. 211: „Der Lizenzvertrag besteht nicht in der Uebertragung einer Art dinglicher Rechte an der patentirten Erfindung, sondern in der dem Andern ertheilten Erlaubniss zur Benutzung der Erfindung. Dessen Inhalt bilden der Verzicht des Patentinhabers auf den Einspruch gegen die Benutzung der Erfindung durch den Lizenzträger".

[3]) Cass. Torino, 19 июля 1879, Journal Clunet, XVII, стр. 966: „C'est en vain que Grugnola voudrait invoquer la règle nemo plus juris... pour en conclure que de Morsier n'a acquis la propriété du brevet qu'avec l'obligation de lui laisser pendant 3 ans la jouissance de la licence d'exploitation. Il y a lieu tout au contraire d'appliquer ici un autre principe, en vertu duquel les obligations purement personnelles du vendeur ne passent pas de jure à l'acheteur".

гарантируетъ лицензія. — это спокойное отъ преслѣдованій со стороны лицензіара положеніе лицензіата. Въ этой формулѣ синтетизируются всѣ особенности разобраннаго института.

III.

§ 183. Все изложенное выше относится къ правамъ того, кто получилъ, такъ называемый, основной патентъ. Нѣсколько инымъ является положеніе того, кому выданъ былъ патентъ зависимый. Эта форма патентированія предусмотрѣна въ ст. 28-ой Положенія, гласящей: «Привилегія на изобрѣтеніе или усовершенствованіе, дополняющее или измѣняющее выданную привилегію, можетъ быть выдана всякому постороннему лицу на общемъ основаніи, по истеченіи года со дня публикаціи о выдачѣ первой привилегіи (ст. 21). Изобрѣтатель или его правопреемники и лицо, получившее привилегію на дополненіе или измѣненіе его изобрѣтенія или усовершенствованія, не могутъ пользоваться этимъ измѣненіемъ или дополненіемъ иначе, какъ по взаимному соглашенію. Правило это примѣняется и въ томъ случаѣ, когда привилегія выдана на своеобразное сочетаніе частей, изъ коихъ хотя бы нѣкоторыя привилегированы въ Россіи (ст. 3)».

Толкованіе этой статьи и, въ особенности, выясненіе ея отношенія къ статьѣ 27-ой [1]) сопряжено съ большими трудностями.

Трудности эти начинаются уже по вопросу о томъ, на какой объектъ выдаются патенты зависимые и до-

[1]) Гласящей: „До прекращенія дѣйствія привилегіи, получившій ее можетъ, съ соблюденіемъ требованій, изложенныхъ въ ст. 5 и 6, и съ уплатою установленной единовременной пошлины, просить о выдачѣ ему дополнительной привилегіи для расширенія объема выданной ранѣе привилегіи путемъ прибавленія новыхъ частей или присоединенія указаній о практическомъ примѣненіи изобрѣтенія или усовершенствованія. Срокъ дѣйствія дополнительной привилегіи оканчивается со срокомъ дѣйствія первоначальной привилегіи“.

полнительные [1]). Должно ли быть этимъ объектомъ—патентоспособное изобрѣтеніе, въ указанномъ выше смыслѣ [2]), или же таковымъ объектомъ можетъ быть что-либо другое? Административная наша практика, ссылаясь на несовсѣмъ удачную редакцію ст. 27-ой [3]), утверждаетъ, что патенты зависимые должны выдаваться на патентоспособныя изобрѣтенія такъ же, какъ и патенты основные, но что патенты дополнительные (ст. 27) могутъ быть выдаваемы на такія «прибавленія новыхъ частей или присоединенія указаній о практическомъ примѣненіи изобрѣтенія», которыя, an und für sich, не возвышаются до полнаго объема патентоспособнаго, существенно новаго изобрѣтенія [4]).

Такимъ образомъ, въ нашей практикѣ повторяется та контроверза, которая долгое время занимала, было, нѣмецкую литературу: одинаковы ли требованія патентоспособности, предъявляемыя къ патентамъ основнымъ и дополнительнымъ, или неодинаковы? Въ Германіи вопросъ былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ [5]). Я думаю, что и у насъ, въ Россіи, мы не можемъ прійти къ иному выводу, толкуя Положеніе.

---

[1]) Этимъ послѣднимъ именемъ я буду обозначать патенты, выданные на основаніи ст. 27-ой Положенія.

[2]) См. книга II, глава 1-ая, passim.

[3]) Въ этой статьѣ слово изобрѣтеніе упомянуто вовсе не въ томъ мѣстѣ, гдѣ слѣдовало бы.

[4]) Изъ практики: „Въ данномъ случаѣ дѣло идетъ не о первоначальной привилегіи на новое изобрѣтеніе, а лишь о дополнительной привилегіи къ привилегіи №..., вслѣдствіе чего вопросъ о выдачѣ таковой долженъ быть разрѣшенъ на точномъ основаніи ст. 27 Положенія, а означенная статья считаетъ достаточнымъ для выдачи дополнительной привилегіи „прибавленіе новыхъ частей или присоединеніе указаній о практическомъ примѣненіи изобрѣтенія или усовершенствованія“, но вовсе не требуетъ той новизны изобрѣтенія, о которой говорится въ ст. 3-й Положенія“.

[5]) „Die mannigfach zu beobachtende Annahme, dass an eine Anmeldung für ein Zusatzpatent geringere Ansprüche als die regelmässigen hinsichtlich der Erfindungsfrage zu stellen seien, hat im Patentgesetz keine begründete Unterlage“. C. Lieber, Patentgesetz etc., Berlin, 1892, стр. 59.—Ср. E. Katz, „Ueber abhängige Patente“, въ Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, II, стр. 394; — Австрійскій Patentamt, 9 декабря 1899 г., Patentblatt, 1900, стр. 202.—Contrà, O. Witt, Die deutsche chemische Industrie in ihren Beziehungen zum Patentwesen, Berlin, 1893, стр. 29.

Итакъ, дополнительныя привилегіи, по ст. 27-ой, должны быть выдаваемы не иначе, какъ на патентоспособныя изобрѣтенія, безъ всякихъ послабленій. Этотъ тезисъ можно доказать двумя аргументами. Во-первыхъ, ссылкою на точный смыслъ закона: ст. 27-ая дозволяетъ выдавать привилегіи, которыя она называетъ дополнительными; если мы перенесемъ ударе́ніе на слово «привилегіи», то мы принуждены будемъ признать, что актъ, выданный въ силу ст. 27-ой, не имѣетъ ничего общаго, напримѣръ, съ французскими certificats d'addition; онъ есть истинная привилегія, хотя и дополнительная. Но въ такомъ случаѣ, этотъ актъ долженъ быть подчиненъ дѣйствію принципіальной статьи 3-ей, гласящей: «Привилегіи выдаются лишь на такія изобрѣтенія или усовершенствованія, которыя представляютъ существенную новизну или во всемъ своемъ объемѣ, или въ одной или въ нѣсколькихъ частяхъ, или же въ своеобразномъ сочетаніи частей, хотя бы и извѣстныхъ уже въ отдѣльности».

Во-вторыхъ, можно сослаться также и на ratio legis. Если предположить, что дополнительныя привилегіи выдаются на такія конструктивныя измѣненія, которыя, сами по себѣ, не составляютъ изобрѣтенія, то тогда придется признать этотъ институтъ совершенно безцѣльнымъ и безполезнымъ. Въ самомъ дѣлѣ. Если держатель патента на ацетиленовый аппаратъ съ тремя кранами рѣшилъ прибавить еще четвертый кранъ («прибавленіе новыхъ частей») и если этотъ четвертый кранъ, отчасти улучшая дѣйствіе аппарата, не представляетъ существенно новаго изобрѣтанія, въ смыслѣ творческой технической идеи, — то тогда мы должны будемъ признать, что дополнительная привилегія, выданная на этотъ кранъ, ни малѣйшимъ образомъ не повліяетъ на объемъ правъ, защищенныхъ за этимъ изобрѣтателемъ. Въ самомъ дѣлѣ: при перечисленныхъ условіяхъ, четвертый кранъ, очевидно, является простымъ эквивалентомъ того, что́ защищено основнымъ

патентомъ [1]). Если бы контрафакторъ сталъ поддѣлывать данный аппаратъ, но съ прибавкою четвертаго крана, то всякій судъ, въ виду отсутствія въ этомъ кранѣ самостоятельной творческой идеи, долженъ былъ бы признать наличность наказуемаго дѣянія, несмотря на «маловажныя и къ существу изобрѣтенія не принадлежащія перемѣны», какъ говорилъ старый Уставъ Промышленности (см. 172).

Стоитъ ясно предоставить себѣ положеніе даннаго вопроса, для того чтобы признать приведенное выше рѣшеніе контроверзы — безспорнымъ. Если А имѣетъ патентъ на изобрѣтеніе α, и если новою выдумкою β (= четвертый кранъ) невозможно пользоваться иначе какъ въ связи съ изобрѣтеніемъ α, то, въ такомъ случаѣ, выдавать патентъ на β имѣетъ смыслъ только въ томъ случаѣ, если β есть патентоспособное изобрѣтеніе. И смыслъ этотъ заключается только въ томъ, что если не выдать на β патента лицу А, то третье лицо В можетъ испросить (см. ст. 28) на патентоспособное изобрѣтеніе β—зависимый патентъ и затѣмъ, самъ не получая права эксплоатировать β [2]), начать запрещать патентодержателю А пользоваться изобрѣтеніемъ α совокупно съ изобрѣтеніемъ β. Итакъ, выдача дополнительной привилегіи даже на патентоспособное β есть только мѣра профилактическая: выдача же дополнительной привилегіи на непатентоспособное β является мѣрой безсмысленной. Ибо при отсутствіи такого патента положеніе дѣла нисколько не измѣнится: А можетъ фабриковать и α, и $\alpha + \beta$; В не можетъ взять патента на β; В не можетъ фабриковать ни α, ни $\alpha + \beta$ и т. д.

Итакъ, первымъ условіемъ выдачи дополнительнаго или зависимаго патента является наличность патентоспособнаго изобрѣтенія, въ указанномъ выше [3]) смыслѣ [4]).

---

[1]) См. ниже, глава IV.

[2]) См. выше, § 148.

[3]) Книга II, гл. 1, passim.

[4]) Изложенное въ текстѣ толкованіе, какъ бы оно ни казалось мнѣ оче-

Разница же между дополнительными и зависимыми привилегіями заключается только въ ихъ носителѣ: первыя выдаются тому же лицу, которому выданъ и основной патентъ; вторыя—третьимъ лицамъ. Въ связи

видным, оказывается—не скрою этого обстоятельства!—не вполнѣ согласнымъ съ намѣреніями тѣхъ, кто сочинялъ проектъ Положенія. Если мы обратимся къ мотивамъ, то мы увидимъ, что они съ полною очевидностью допускаютъ необходимость выдавать дополнительныя привилегіи не на патентоспособныя изобрѣтенія, а на что то другое, меньшее, ближе въ мотивахъ не опредѣленное. Въ самомъ дѣлѣ (стр. 151—152): „Принимая во вниманіе, что изобрѣтателю почти совершенно невозможно сразу создать изобрѣтеніе, вполнѣ совершенное, что самое введеніе въ употребленіе или осуществленіе предмета изобрѣтенія требуетъ времени для устраненія встрѣчаемыхъ при исполненіи недостатковъ, изобрѣтателю и предполагается дать нѣкоторое преимущество предъ посторонними лицами въ пользованіи привилегіями на усовершенствованія въ главномъ предметѣ изобрѣтенія, а именно—предоставить только ему одному право заявлять объ усовершенствованіи въ привилегированномъ изобрѣтеніи въ теченіе перваго года со дня выдачи привилегіи и получать дополнительныя привилегіи. Если изобрѣтателю не предоставить этого права, то въ большинствѣ случаевъ онъ останется безъ всякаго вознагражденія, хотя, по справедливости, онъ долженъ быть вознагражденъ, въ особенности когда изобрѣтеніе, само по себѣ, весьма полезно, но не можетъ въ точности, какъ оно описано, имѣть промышленнаго значенія; измѣненіе въ деталяхъ, не требующее уже такой массы труда, которая затрачена на изобрѣтеніе, часто можетъ сдѣлать его практичнымъ и способнымъ къ распространенію или употребленію“.

Уже изъ этого отрывка видно, что авторы мотивовъ имѣли въ виду измѣненія „въ деталяхъ“, которыя „могутъ сдѣлать изобрѣтеніе практичнымъ“—подъ чѣмъ, очевидно, трудно разумѣть патентоспособныя изобрѣтенія. Дальнѣйшее подтверждаетъ это предположеніе (стр. 152—153): „Весьма возможно и не трудно, получивъ точныя свѣдѣнія о какомъ-либо привилегированномъ изобрѣтеніи, указать на кажущіеся въ немъ недостатки и сдѣлать предложеніе объ устраненіи ихъ посредствомъ предлагаемаго усовершенствованія, неимѣющаго въ дѣйствительности практическаго значенія. Такое заявленіе, очевидно, не можетъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, имѣть иной цѣли, какъ только желанія явиться какъ бы участникомъ изобрѣтенія и воспользоваться, если представится случай, вознагражденіемъ“.

Авторы мотивовъ, слѣдовательно, создавали ст. 27-ую только для того чтобы избавить патентодержателя отъ посягательствъ недобросовѣстныхъ лицъ, указывающихъ на „кажущіеся недостатки“ и предлагающихъ устранить ихъ „усовершенствованіями, не имѣющими практическаго значенія“. Я думаю, что если, дѣйствительно, ст. 27-ая имѣетъ цѣлью бороться противъ такого наивнаго злоупотребленія („въ случаѣ свободной выдачи привилегій на усовершенствованія, тотчасъ по выдачѣ главной привилегіи, узаконится такъ сказать безправное вмѣшательство всякаго посторонняго лица въ дѣло, на которое онъ не имѣетъ права, но изъ котораго, при извѣстной ловкости

съ этимъ стоитъ и пошлинный вопросъ: дополнительныя привилегіи оплачиваются — въ цѣляхъ возможно меньшаго обремененія изобрѣтателей—ничтожно малой суммой (меньше $1^0/_0$ нормы); привилегіи же зависимыя

и смѣлости, это постороннее лицо часто можетъ извлечь болѣе выгодъ, чѣмъ самъ изобрѣтатель"), то въ такомъ случаѣ ее можно было бы спокойно уничтожить. На усовершенствованія, не имѣющія ни практическаго значенія, ни существенной новизны,—вообще привилегіи никому не выдаются и, слѣдовательно, всѣ страхи мотивовъ являются преувеличенными.

Не трудно, конечно, подыскать и объясненіе, почему авторы проекта относились къ дополнительнымъ привилегіямъ именно такъ (какъ только что было изображено), а не иначе. Дѣло въ томъ, что отношеніе судебныхъ установленій къ дѣламъ о привилегіяхъ оставляло желать,—по крайней мѣрѣ, въ періодъ до 1896 г., очень многаго. Наши суды не умѣли или не хотѣли возвыситься до широкаго пониманія сущности патентной защиты. Вмѣсто того, чтобы помогать изобрѣтателямъ въ ихъ нелегкой борьбѣ съ контрафакторами, суды наши, узко-формальнымъ отношеніемъ къ дѣлу, всячески затрудняли эту борьбу. Малѣйшія измѣненія въ формѣ или внѣшнемъ видѣ патентованныхъ приспособленій часто вели къ оправданію подсудимыхъ; ученіе объ эквивалентахъ было совершенно неизвѣстно нашимъ судамъ; полученіе же самостоятельной привилегіи на какое-нибудь добавленіе или ничтожное измѣненіе принималось уже какъ несомнѣнное доказательство права контрафактора фабриковать данное измѣненіе и все съ нимъ связанное. Не мудрено поэтому, что и изобрѣтатели, и авторы мотивовъ старались принять мѣры къ уничтоженію указаннаго ненормальнаго положенія дѣла: бѣда заключается въ томъ, что имъ пришлось бороться мѣрами законодательными съ такимъ зломъ, которое могло быть искоренено лишь повышеніемъ уровня судейскаго такта.

Во всякомъ случаѣ, указанныя выше намѣренія авторовъ мотивовъ не нашли выраженія въ текстѣ закона и потому не являются для насъ обязательными. Мы тѣмъ менѣе можемъ руководиться, по данному вопросу, содержаніемъ мотивовъ,—что несомнѣнно можно доказать наличность, въ этихъ мотивахъ, нѣкотораго непониманія самой сущности зависимыхъ и дополнительныхъ привилегій. Такъ, на стр. 153—154 мы читаемъ: „По этимъ соображеніямъ, казалось бы, что выдача привилегій на усовершенствованія, при условіи допущенія испрашиванія на нихъ привилегій въ теченіе одного года только самимъ изобрѣтателемъ, а послѣ того всякимъ посторонимъ лицомъ, притомъ безъ согласія владѣльца привилегіи на главное изобрѣтеніе, представляется вполнѣ раціональною и справедливою въ отношеніи правъ изобрѣтателя и требованій промышленности. Что касается существенныхъ измѣненій или дополненій главной привилегіи, то таковыя, независимо отъ того, кѣмъ они сдѣланы, должны быть признаваемы самостоятельными усовершенствованіями и потому должны быть выдаваемы на общихъ основаніяхъ, т.-е. въ видѣ особой привилегіи, подлежащей оплатѣ за каждый годъ ея дѣйствія".

Изъ этого отрывка можно, безъ особыхъ натяжекъ, вывести заключеніе, что авторы мотивовъ: 1) считали необходимымъ выдавать привилегіи и по

обложены общею патентною пошлиною (2130 р. за 15 лѣтъ).

§ 184. Вторымъ условіемъ является связь съ тѣмъ изобрѣтеніемъ, на который выдана основная привилегія.

Вопросъ о томъ, когда, конкретно, можно признать наличность такой связи,—является, конечно, вопросомъ факта. Въ абстрактной формѣ, эта связь представляется нѣкоторымъ отношеніемъ служебности: если второе изобрѣтеніе не можетъ быть употребляемо иначе, какъ вмѣстѣ съ другимъ и поскольку оно употребляется вмѣстѣ съ другимъ,—его необходимо признать зависимымъ. При этомъ, конечно, соотношеніе экономическаго значенія двухъ изобрѣтеній не принимается въ разсчетъ. Можетъ, напримѣръ, случиться, что второе изобрѣтеніе явится, экономически, неизмѣримо болѣе важнымъ, чѣмъ первое: но если имъ нельзя пользоваться, не вторгаясь въ область того, что запатентовано за первымъ изобрѣтателемъ, то второй изобрѣтатель долженъ подчиниться тяжелому игу статьи 28-ой.

§ 185. Порядокъ выдачи дополнительныхъ и зависимыхъ патентовъ ничѣмъ не отличается отъ порядка выдачи патентовъ основныхъ. Разница заключается лишь въ томъ, что постановленіе Комитета [1]) указываетъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что привилегія присуждена «по 27-ой» или «по 28-ой статьѣ».

Практическій интересъ могутъ имѣть, по этому поводу, лишь вопросы: а) о юридическомъ значеніи комитетскаго постановленія, и б) о юридическомъ значеніи волеизъявленія, сдѣланнаго изобрѣтателемъ.

ст. 27-ой, и по ст. 28-ой—на усовершенствованія, не возвышающіяся до размѣровъ патентоспособнаго изобрѣтенія [т.-е., допускали такое рѣшеніе вопроса, которое, очевидно, противорѣчитъ ясному смыслу ст. 28-ой и является практически неосуществимымъ: напр., въ случаѣ прекращенія основной привилегіи, зависимая привилегія осталась бы въ силѣ и имѣла бы объектомъ выдумку, не заключающую творчества и, слѣдовательно, не допускающую защиты, см. § 185], и 2) противополагали существенныя измѣненія—несущественнымъ усовершенствованіямъ и утверждали, что на первыя можетъ быть выдана только основная привилегія [что совершенно не точно,—см. § 185].

[1]) См. томъ I, § 139.

Ad a. Юридическое значеніе комитетскаго постановленія, практически, можетъ выразиться въ слѣдующемъ. Представимъ себѣ, что Комитетъ, правильно или неправильно (безразлично), постановилъ выдать зависимую или независимую привилегію. Спрашивается: обязательно ли это постановленіе для судебныхъ установленій? Другими словами: можно ли признать виновнымъ въ контрафакціи того, кому выданъ самостоятельный (независимый) патентъ, утверждая, что этотъ патентъ выданъ лишь по ошибкѣ и что, въ существѣ своемъ, онъ долженъ быть признанъ зависимымъ отъ другого, болѣе ранняго, чужого патента? Или, обратная комбинація: необходимо ли долженъ быть обвиненъ въ контрафакціи тотъ, кто, несмотря на полученіе патента по ст. 28-ой [1]), станетъ фабриковать запатентованное за нимъ изобрѣтеніе, не спрашивая разрѣшенія у держателя основного патента?

Аналогичные вопросы поднимаемы были также и въ Германіи, гдѣ вся литература высказалась въ отрицательномъ смыслѣ: нѣмецкая Abhängigkeitserklärung не обязательна для судовъ. Судъ можетъ признать зависимость тамъ, гдѣ ее отринулъ Патентамтъ, и наоборотъ [2]).

Я думаю, что и въ Россіи мы не можемъ прійти къ иному рѣшенію. Въ самомъ дѣлѣ. Представимъ себѣ положеніе изобрѣтателя B, сдѣлавшаго изобрѣтеніе β, но не заявившаго его къ патентированію. Несомнѣнно, что этотъ B, если начнетъ фабриковать β, можетъ оказаться контрафакторомъ, нарушившимъ патентъ, выданный изобрѣтателю A, на изобрѣтеніе α, болѣе или менѣе совпадающее съ β. Но столь же несомнѣнно, что вопросъ о совпаденіи α съ β есть вопросъ факта и что,

[1]) Т.-е. слѣдовательно, такого патента, въ текстѣ коего включено предвареніе (ст. 20), „что пользованіе такою привилегіею допускается лишь по соглашенію съ держателемъ основного патента“.

[2]) Ср., въ особенности, Bolze, „Der Entwurf eines Patentgesetzes“, въ Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht, I, стр. 240 и сл.—Ср. H. Robolski, Theorie und Praxis и т. д. стр. 117;—Reichsgericht, 9 іюня 1884 и 24 ноября 1884 г., Gareis, V, стр, 277 и 283 и сл.

слѣдовательно, судъ можетъ и не усмотрѣть въ дѣйствіяхъ В'а—контрафакціи. Затѣмъ представимъ себѣ, что В заявляетъ β къ патентированію, а Комитетъ отказываетъ ему въ выдачѣ привилегіи, усмотрѣвъ—эвентуально — полное тожество α и β. Несомнѣнно, что такой отказъ въ выдачѣ привилегіи на β не связываетъ судъ: и послѣ состоявшагося отказа судъ, все-таки, воленъ признать β отличнымъ отъ α, а изобрѣтателя В—не виновнымъ, именно поэтому, въ контрафакціи. Подача прошенія о выдачѣ привилегіи не можетъ ухудшить положенія В [1]). Изъ сказаннаго вытекаетъ, что если болѣе сильное заявленіе Комитета (β тожественно съ α) не связываетъ суды, то не можетъ связать ихъ и менѣе сильное заявленіе этого же Комитета (β отчасти схоже съ α).

Еще проще доказать, что суды не связаны тѣми постановленіями Комитета, которыя опредѣляютъ выдачу самостоятельныхъ привилегій. Т.-е.: изобрѣтатель В., получившій самостоятельный патентъ на γ, можетъ, несмотря на это, быть принужденъ судомъ не фабриковать γ иначе, какъ съ согласія А, держателя патента на α. Въ самомъ дѣлѣ. Судъ можетъ вовсе уничтожить привилегію на γ (ст. 26 Положенія). А тотъ, кто можетъ большее, можетъ и меньшее. Слѣдовательно, судъ, не уничтожая привилегіи на γ, можетъ объявить ее зависимою отъ привилегіи на α. Это право суда является тѣмъ болѣе необходимымъ, что административный актъ выдачи патента на γ, очевидно, не можетъ уменьшить jura quaesita третьихъ лицъ. И, слѣдовательно, если А имѣетъ исключительное право фабриковать α (jus quaesitum), то болѣе поздняя выдача патента на изобрѣтеніе γ (можетъ быть, представляющее лишь сумму $\alpha + \omega$) не можетъ нарушить этого права А'а. Практически: при необозримой массѣ уже выданныхъ патентовъ, Комитетъ не можетъ всегда усмотрѣть, не нарушитъ ли

[1]) Конечно, если судъ признаетъ сходство α и β, то фактъ мотивированнаго отказа комитета можетъ повліять на оцѣнку завѣдомости. Но это—другой вопросъ.

выдача даннаго патента права держателя какого-нибудь болѣе ранняго патента. Всѣ привилегіи выдаются salvo jure tertium; а это и значитъ, что послѣ выдачи патента *) заинтересованныя лица могутъ добиваться въ судѣ осужденія за контрафакцію.

Итакъ, практическое значеніе выдачи патента по 28-ой статьѣ, «съ предвареніемъ», можетъ быть конструируемо слѣдующимъ образомъ: это есть авторитетный совѣтъ, который Комитетъ обязанъ дать изобрѣтателю по мѣрѣ своихъ свѣдѣній; но совѣтъ этотъ ни для кого не обязателенъ, ни для судовъ, ни для держателя патента [1]).

Ad b. Вопросъ о значеніи волеизъявленія самого изобрѣтателя возникалъ нѣсколько разъ на практикѣ въ слѣдующей формѣ: можетъ ли самъ изобрѣтатель просить о томъ, чтобы привилегія была присуждена ему не по 27-ой, а по 28-ой статьѣ? Для того, чтобы представить себѣ практическое значеніе приведеннаго вопроса, нужно имѣть въ виду: 1) что привилегіи по 27-ой статьѣ обложены пошлиной въ 1% той, которая взимается за привилегію по ст. 28-ой, и 2) что, зато, привилегіи по 27-ой статьѣ не имѣютъ самостоятельнаго бытія; онѣ живутъ и умираютъ въ зависимости отъ основной привилегіи; такимъ образомъ, если патентъ по 27-ой статьѣ выданъ на 10-мъ году дѣйствія основной привилегіи, то онъ будетъ дѣйствовать лишь 5 лѣтъ. Такимъ образомъ, указанный выше вопросъ можетъ быть изображенъ такъ: можетъ ли изобрѣтатель отказаться отъ права вносить уменьшенную пошлину и, цѣною этой денежной жертвы, заставить Комитетъ выдать ему зависимую привилегію по ст. 28-ой, т.-е. съ самостоятельнымъ срокомъ дѣйствія?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ стоитъ въ связи съ тѣмъ, который мы дадимъ на вопросъ, изложенный въ § 183-омъ. Если мы признаемъ, что патенты и по ст. 27-ой, и по

*) Точно такъ же, какъ и до выдачи патента!

[1]) Я думаю, что изложенное находится въ полномъ согласованіи съ тѣмъ, что мною сказано на стр. 16—19.

ст. 28-ой выдаются не иначе, какъ на патентоспособныя изобрѣтенія, то мы должны будемъ признать, что нѣтъ рѣшительно никакого разумнаго препятствія къ тому, чтобы выдавать привилегіи по ст. 28-ой, хотя бы, и самимъ держателямъ основныхъ привилегій, если они того пожелаютъ. Въ этомъ случаѣ придется видѣть въ институтѣ дополнительныхъ патентовъ по ст. 27-ой лишь мѣру финансоваго облегченія для патентодержателей [1]: а отъ всякаго финансоваго облегченія воленъ отказаться тотъ, для кого оно создано.

Но если мы станемъ на ту точку зрѣнія, что патенты дополнительные выдаются на выдумки, не возвышающіяся до степени патентоспособныхъ изобрѣтеній [2],—то тогда мы должны будемъ дать отрицательный отвѣтъ: иногда выдача по этой статьѣ или по ст. 28-ой будетъ всецѣло зависѣть отъ усмотрѣнія Комитета; самъ же изобрѣтатель не будетъ, въ такомъ случаѣ, имѣть права простымъ волеизъявленіемъ перевести свой патентъ изъ категоріи плохихъ (ст. 27) въ категорію полноцѣнныхъ (ст. 28-ая).

Такимъ образомъ, неправильное толкованіе, даваемое практикою вопросу объ объектѣ патентовъ, выдаваемыхъ по ст. 27-ой (см. выше), привело, косвенно, къ тому, что льгота этой статьи превратилась въ тяготу, коей не можетъ столкнуть съ себя изобрѣтатель. А на практикѣ это приводитъ къ слѣдующему: дополненіе β къ изобрѣтенію α можетъ имѣть несравненно большее коммерческое значеніе, чѣмъ само α; если изобрѣтатель сдѣлалъ его въ теченіе четырнадцатаго года дѣйствія своего же патента на α, то онъ долженъ получить дополнительную привилегію на $1^1/_2$ года (по ст. 27-ой), или же долженъ ждать истеченія срока патента на α и потомъ просить на β основную привилегію, подъ страхомъ, что кто-нибудь другой, въ промежутокъ, за-

---

[1]) Мотивы, стр. 151: „Выдача дополнительныхъ привилегій, притомъ на льготныхъ условіяхъ, установлена въ интересахъ изобрѣтателей“.

[2]) См. прим. на стр. 111—114.

явитъ β къ привилегированію и свободно получитъ патентъ по ст. 28-ой. Результатъ, конечно, абсурдный.

§ 186. Значеніе объявленной зависимости патента для объема правъ патентодержателя заключается въ томъ, что держатель зависимаго патента не можетъ пользоваться описаннымъ въ немъ изобрѣтеніемъ иначе, какъ испрашивая дозволенія держателя другого, основного патента.

Нарушеніе этой обязанности испрашивать разрѣшеніе приравнивается къ контрафакціи. Впрочемъ, какъ уже изображено выше, постановленіе Комитета о зависимости не имѣетъ абсолютнаго значенія и не связываетъ судовъ въ ихъ правѣ свободной оцѣнки обстоятельствъ дѣла [1]).

Зависимость продолжаетъ оказывать свое вліяніе до тѣхъ поръ, пока дѣйствуетъ основной патентъ. Поэтому, и согласіе должно быть испрашиваемо не во все продолженіе дѣйствія зависимаго патента, а лишь до тѣхъ поръ, пока основной патентъ не потерялъ, по какой бы то ни было причинѣ, своей силы. Послѣ этого момента, зависимая привилегія, въ смыслѣ юридическаго своего значенія, совершенно уравнивается со всѣми остальными.

§ 187. Прекращаются зависимыя привилегіи точно такъ же, какъ и основныя: къ нимъ во всѣхъ подробностяхъ примѣнимы ученія и о ничтожности [2]), и о прекращеніи [3]).

Совсѣмъ инымъ является положеніе патентовъ дополнительныхъ (ст. 27-ая). Они всецѣло слѣдуютъ судьбѣ основныхъ своихъ патентовъ [4]). Поэтому, къ

[1]) См. выше, стр. 114—116.

[2]) Книга II, глава 4, passim.

[3]) Книга III, глава 5, passim.

[4]) Мотивы, стр. 151: „Привилегіи этого рода, поименованныя въ проектѣ дополнительными и какъ неразрывно связанныя съ главными, придавая имъ большую практическую цѣнность, оплачиваются только 50 рублями и считаются дѣйствительными во все время, пока главная привилегія не прекращена“. Послѣднее выраженіе можетъ повести къ значительнымъ затрудненіямъ. Г. Катковъ, даже не зная о немъ, приходитъ къ заключенію

нимъ не примѣнимы начала прекращенія истеченіемъ 15-лѣтняго срока (ст. 29, 1),—прекращенія за неуплату ежегодныхъ пошлинъ (ст. 29, п. 2). Спорнымъ является вопросъ о томъ, можетъ ли дополнительная привилегія быть прекращена за неприведеніе въ дѣйствіе (ст. 24 и 29, п. 3). Въ виду категорическаго заявленія послѣдней фразы статьи 27-ой, по этому вопросу могутъ возникать серьезныя сомнѣнія. Я думаю, однако, что практика поступаетъ правильно, требуя отъ дополнительныхъ патентовъ приведенія въ дѣйствіе на общихъ основаніяхъ.

Само собою разумѣется, что дополнительная привилегія можетъ быть объявлена ничтожною независимо отъ главной (ст. 29, п. 4 и 5).

Въ Германіи неоднократно возникалъ вопросъ о томъ, возможно ли дозволить держателю дополнительной привилегіи — въ случаѣ досрочнаго уничтоженія основного патента — превращать ее въ привилегію самостоятельную, путемъ уплаты соотвѣтствующихъ пошлинъ. Новелла 1891 года спеціальнымъ параграфомъ [1]) разрѣшила такое превращеніе патента. Это разрѣшеніе является, очевидно, вполнѣ разумнымъ: если институтъ дополнительныхъ привилегій есть льгота, то нѣтъ смысла превращать ее въ тяготу. Однако, какъ ни желательно такое разрѣшеніе, я не думаю, чтобы, de lege lata, оно могло быть допущено у насъ въ Россіи. Указанное

(op. cit., стр. 204), что ничтожность основного патента не вліяетъ на судьбу дополнительной привилегіи. Приведенная цитата мотивовъ, значитъ, еще больше укрѣпила бы его въ его мнѣніи. Между тѣмъ, практика придерживается діаметрально-противоположнаго взгляда: дополнительныя привилегіи неукоснительно считаются прекращающимися въ моментъ объявленія ничтожности главной. Окончательное рѣшеніе этой контроверзы зависитъ отъ того, какой отвѣтъ будетъ данъ на вопросъ объ объектѣ, защищаемомъ статьею 27-ою (см. § 183). Если дополнительныя привилегіи выдаются на незначительныя добавленія, не имѣющія самостоятельнаго творческаго характера, — то рѣшеніе г. Каткова не можетъ быть признано правильнымъ.

Во всякомъ случаѣ, тотъ исходъ относительно уплаты пошлинъ, который онъ предлагаетъ (стр. 204) — немыслимъ. Ср. Германскій законъ 1891 г., ст. 7.

[1]) Ст. 7, абзацъ 2-ой.

выше (см. § 185) разрѣшеніе требовать выдачи патента въ формѣ зависимаго, а не дополнительнаго— можетъ быть допущено, такъ какъ оно не нарушаетъ правъ третьихъ лицъ. Но дозволить ex post превращать дополнительную привилегію въ самостоятельную, т.-е. удлинять срокъ ея дѣйствіяне,—возможно именно потому, что такое дозволеніе можетъ нарушить jura quaesita: полагаясь на офиціальный текстъ патента, третье лицо можетъ начать эксплоатацію и лишь впослѣдствіи узнать, что срокъ этой привилегіи былъ продленъ произвольнымъ и неизвѣстнымъ ему актомъ патентодержателя.

§ 188. Изъ всего сказаннаго могутъ быть сдѣланы слѣдующіе выводы.

1. Что институтъ зависимыхъ патентовъ (ст. 28-ая) имѣетъ чрезвычаіно малое практическое значеніе, въ виду того, что всякая привилегія, въ сущности, «зависима» отъ остальныхъ, поскольку ея объемъ затрогиваетъ ихъ объемы.

2. Что институтъ дополнительныхъ патентовъ (ст. 27) имѣетъ также очень небольшое практическое значеніе, сводящееся къ эвентуальной мѣрѣ противъ выдачи патента на то же изобрѣтеніе другому лицу, по 28-ой статьѣ: простое опубликованіе «усовершенствованія» достигаетъ, безъ расходовъ и хлопотъ, точно тѣхъ же результатовъ, какъ и полученіе патента по 27-ой статьѣ [1]).

[1]) „Bei strenger Einhaltung der gesetzlichen Grenze des Zusatzpatentes kann demnach der Nehmer eines solchen keinen Schutz erlangen, der ihm nicht bereits durch das Hauptpatent gewährt wäre. Es hat also die nachträgliche Ertheilung eines Zusatzpatentes... materiell keine andere rechtliche Bedeutung, als dadurch ein Dritter, der dieselbe Verbesserung erfindet, gehindert wird, darauf ein Patent zu nehmen". W. Weber, Das deutsche Patentgesetz etc., Essen, 1893, стр. 138 (приведенный отрывокъ списанъ, безъ указанія источника, изъ статьи Reuling'a, „Ueber die Zusatzpatente des deutschen Patentgesetzes", Patentblatt, 1883, стр. 451);—e. s H. Palm, Ueber die Grundlagen eines guten Patentgesetzes, Wien, 1884, стр. 13—14.

Вообще изъ литературы, касающейся вопроса о зависимыхъ патентахъ, отмѣчу: A. Haeuser, „Ueber Abhängiskeitspatente", въ Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz, II, стр. 10—13; — E. Katz, „Ueber abhängige

3. Что институтъ годичнаго запретительнаго срока (Sperrfrist, ст. 27) представляется, на практикѣ, довольно стѣснительнымъ для нормальнаго развитія промышленности [1]).

Отдѣлъ второй. Обязанности патентодержателя.

I. Обязательная эксплоатація изобрѣтеній. § 189. Обязательная эксплоатація патентовъ съ экономической точки зрѣнія. § 190. Критика и выводы. § 191. Обязательная эксплоатація изобрѣтеній съ юридической точки зрѣнія. Современная практика по этому вопросу. § 192. Истинный смыслъ закона. § 193. A. Субъективный элементъ понятія эксплоатаціи. § 194. Выводы. § 195. B. Объективный элементъ понятія эксплоатаціи.

II. Уплата ежегодныхъ пошлинъ. § 196. A. Патентныя пошлины съ экономической точки зрѣнія. § 197. B. Патентныя пошлины съ юридической точки зрѣнія.

III. Обязательныя лицензіи. § 198. Положеніе вопроса.

I.

§ 189. Ст. 24-ая Положенія устанавливаетъ, такъ называемую, обязательную эксплоатацію (compulsory working, Ausübungszwang, exploitation obligatoire). Она гласитъ: «Получившій привилегію обязанъ, не позже пяти лѣтъ со дня подписанія патента на оную, привести въ дѣйствіе въ Россіи изобрѣтеніе или усовершенствованіе, на которое привилегія выдана, и представить о семъ, въ упомянутый срокъ, въ департаментъ Торговли и Мануфактуръ удостовѣреніе подлежащаго, по указанію Министра Финансовъ, начальства».

Patente", ibidem, стр. 393—398;—J. Kohler, „Ueber Abhängigkeitspatente", въ его Aus dem Patent- und Industrierecht II, Berlin, 1891, стр. 49—53;—его же, „Abhängigkeitserfindung und Verbesserungserfindung", въ его Forschungen aus dem Patentrecht, Mannheim, 1888, стр. 64—72.

[1]) Въ литературѣ, за Sperrfrist высказывается, насколько мнѣ извѣстно одинъ Caro, съ точки зрѣнія, спеціально, химической промышленности: Stenographische Berichte etc., Berlin, 1881, стр. 129.—Противъ Sperrfrist'a: André, ibidem, стр. 60;—Kohler, въ Gutachten über die vom K. K. Handelsministerium veröffentlichten Entwürfe eines Patentgesetzes etc., Wien, 1894, стр. 434 и мн. другіе

Съ экономической точки зрѣнія вопросъ объ обязательной эксплоатаціи является однимъ изъ самыхъ спорныхъ въ патентной литературѣ [1]). Сторонники обязательной эксплоатаціи обыкновенно ссылаются на слѣдующіе три аргумента:

1. Патентъ представляетъ опасное оружіе въ рукахъ того, кто пожелалъ бы нанести ущербъ промышленности, намѣренно лишая ее возможности пользоваться патентованнымъ изобрѣтеніемъ.—Такъ какъ гипотеза мрачнаго изобрѣтателя, взявшаго патентъ и затѣмъ изображающаго «собаку на сѣнѣ», является довольно романтичною и мало вѣроятною, то указанный аргументъ, обыкновенно, окрашиваютъ въ нѣсколько иной оттѣнокъ привлеченіемъ элемента національной борьбы. Тогда получается второй сортъ аргументовъ.

2. Патенты сдѣланы-де въ интересахъ не отдѣльныхъ изобрѣтателей, а всей промышленности даннаго государства. Патентъ дается изобрѣтателю для того, чтобы, обѣщаніемъ монополистическихъ выгодъ, побудить его возможно усерднѣе эксплоатировать изобрѣтеніе. Каждый выданный патентъ долженъ служить новымъ толчкомъ для развитія промышленности и притомъ, конечно, промышленности не чужой, а національной. Безсмысленно-де выдавать во Франціи такіе патенты, которые служили бы поводомъ для развитія гер-

---

[1]) J. von Schütz, Ausübungszwang, въ Jahrbuch der Vereinigung etc. I, стр. 236—259;—G. Maillard, ibidem, 184;—C. Fehlert, ibidem, стр. 311;—Armengaud jeune et E. Mack, ibidem, стр. 420;—Ch. Constant, De la déchéance du brevet pour défaut d'exploitation, ibidem, стр. 423;—E. Imer Schneider, ibidem, стр. 471;—E. Bede, De l'obligation d'exploiter les inventions, Annuaire, II, стр. 78 (сторонникъ);—N. Allart, Projet de modification de l'alinéa 2 art. 5 de la Convention de Paris, ibidem, стр. 76;—W. Lloyd Wise, De l'obligation d'exploiter, ibidem, стр. 92;—E. Bosio, De la suppression de la déchéance pour défaut d'exploitation dans les lois intérieures, ibidem, стр. 98;—Fr. Zoll, Ueber den Ausführungszwang nach dem österreichischen Privilegien-Gesetze und der diesfälligen Judicatur, въ Zeitschrift für den gewerblichen Rechtschutz, I, стр. 257—263;—L'exploitation obligatoire des brevets, въ Propr. Ind., IV. № 6 и VIII, № 8;—J. Kohler, Die Ausführungspflicht und Revocation, въ Aus dem Patent- und Industrierechte, II, Berlin, 1891, стр. 41—47.

манскихъ фабрикъ, или даже позволяли бы нѣмцамъ во Франціи не только сбывать за повышенную цѣну нѣмецкіе продукты, но еще и искусственно задерживать развитіе французской промышленности намѣренными запретами [1]). Многіе авторы, наконецъ, ссылаются на спеціально-военныя приспособленія, которыя могутъ быть важными для обороны государства и которыя, поэтому, должны быть фабрикуемы изобрѣтателемъ въ данной странѣ [2]).

3. У нѣкоторыхъ авторовъ [3]) проскальзываетъ и

[1]) Не могу не отмѣтить работы N. Mittler jun., Beiträge zur Theorie des Patentrechts, Berlin, 1894, — которая можетъ служить образчикомъ заблужденій, вызываемыхъ неосторожными манипуляціями съ Zweckmoment'омъ. „Als Zweck des Patentschutzes haben wir die Förderung des industriellen Vermögens der Nation bezeichnet" (70). Слѣдовательно, на патентодержателя нужно возложить всѣ тѣ обязанности, которыя могутъ способствовать развитію національной промышленности. Такъ, онъ долженъ: 1) Den Fachkreisen die Möglichkeit bieten, Erfahrungen in der practichen Ausführung der fraglichen Conception zu sammeln (72); 2)—учить достаточное количество рабочихъ; 3)—на своей фабрикѣ испытать, стóитъ ли другимъ купцамъ затрачивать капиталъ на данное производство, когда истечетъ срокъ патента (иначе не могу перефразировать абзацъ „3°" на стр. 72!); 4)—давать заработокъ безработнымъ, и 5) создавать новые объекты обложенія (73). Отчего бы не заставить еще каждаго патентодержателя заодно открыть больницу для инвалидовъ?—На стр. 77 авторъ серьезно ставитъ себѣ слѣдующую гипотезу: „въ виду существованія обязательнаго эксплоатированія изобрѣтеній во многихъ государствахъ, можетъ случиться, что патентодержатель будетъ „seine Mittel derart zersplittern" и „die inländische Ausübung mit nur ungenügenden Kapitalskräften durchführen". Нужно ли его за такія дѣйствія лишать патента?—спрашиваетъ авторъ, и, послѣ двухъ страницъ колебаній, приходитъ, къ счастью, къ отрицательному отвѣту.—И послѣ всего этого г. Mittler jun. еще смѣетъ утверждать, что „unser System bezweckt die allgemeine Wohlfahrt durch Hebung jener des Einzelnen zu fördern"! (стр. 80).

[2]) Я не привожу цитатъ, такъ какъ соотвѣтствующія подтвержденія можно найти въ указанныхъ въ примѣчаніи первомъ статьяхъ. Ср. кромѣ того: Deutsch, въ Berichte etc., (Conferenz von 1896), стр. 55 — 58; — Rosmini, въ Zeitschrift, II, стр. 230;—очень многіе въ австрійской Expertise betreffend die Reform etc., Wien, 1891 (Matscheko, стр. 55; Brunstein, стр. 55; Portheim, стр. 57; Kastner, стр. 58);—Ср. мотивы французскаго закона 1844 г. у C. Couhin, La propriété industrielle, littéraire et artistique, Paris, 1894, I, стр. 340—342;—Reichsgericht, 26 ноября 1690 г., Garcis. IX, стр. 413.—Для спеціально военныхъ изобрѣтеній см. Journal Clunet, XIX стр. 405—409.

[3]) Указанія у v. Schütz, op. cit., стр. 238; серьезное „обсужденіе" у

еще одинъ «аргументъ». Патентное право, говорятъ они, не существовало бы, если бы его не создало государство и затѣмъ не даровало бы его изобрѣтателю. Слѣдовательно, это пожалованіе исключительнаго права основывается, какъ бы, на договорѣ, въ которомъ изобрѣтатель подчиняется ограниченіямъ, играющимъ роль его Gegenleistung. Я указываю на этотъ «аргументъ» лишь для того, чтобы лишній разъ подчеркнуть, какъ часто еще приходится въ юриспруденціи бороться съ естественно-правовыми тенденціями *).

Противники [1]) обязательной эксплоатаціи возражаютъ аргументами, которые могутъ быть сгруппированы въ слѣдующія три категоріи.

1. Обязательное эксплоатированіе изобрѣтеній въ каждомъ государствѣ, въ которомъ полученъ патентъ, представляетъ — для серьезныхъ изобрѣтеній — почти непреодолимыя трудности. Нѣкоторыя изобрѣтенія требуютъ для изготовленія такихъ дорогихъ приспособленій (напр. броневыя [2]) плиты), аспро съ на нихъ въ каждой данной странѣ такъ малъ, что оборудованіе спеціальныхъ заводовъ въ каждой странѣ совершенно не можетъ окупиться. Другія изобрѣтенія требуютъ такой снаровки у рабочихъ, что, въ странѣ мало подготовленной, ихъ вообще никто не въ состояніи изготовить: примѣромъ можетъ служить дѣло о стеклянныхъ рефлекторахъ, разбиравшееся въ Германіи въ 1889 г. [3]);

H. Allart, op. cit. стр. 87;—Ср. Renouard, op. cit., стр. 239;—E. Bosio, Privative industriali, Torino, 1891, стр. 291.

*) Не говоря уже о томъ, что приведенный „аргументъ“ оправдываетъ конкретное постановленіе закона ссылкой на „конструкцію“. Сравни замѣчанія въ томѣ I, стр. 50.

[1]) Кромѣ ранѣе указанныхъ, ср. еще Bockholtz (впервые?) на конгрессѣ 1873 года, Berichte, стр. 216—220;—R. Klostermann, Patentgesetzgebung etc., 1876, стр. 79;—E. Bosio, Privative etc., стр. 291—295;—Newton, On compulsory Working, въ Proceedings, V, стр. 201—212;—Report of the Committee on the Compulsory Working, ibid., VI, стр, 267—273;—A. Pollock, Lettre des Etats-Unis, въ Propr. Ind., VI, стр. 23.

[2]) Ср. Patentamt, 2 ноября 1882, Gareis, IV, стр. 164 — 176; — Ср. Patentamt, 15 мая 1884 г., Gareis, V, стр. 222.

[3]) Reichsgericht, 11 мая 1889, Gareis, VII, стр. 258—268.

эксперты признали эти рефлекторы—«специфически богемскимъ продуктомъ»; а отвѣтчикъ указывалъ, что для ихъ изготовленія нужно имѣть рабочихъ, начавшихъ упражняться въ выдуваніи данныхъ формъ съ самаго ранняго юношескаго возраста (между прочимъ, съ такихъ лѣтъ, когда въ Германіи работа на фабрикахъ мальчикамъ еще запрещена!). Наконецъ, третьи продукты не могутъ быть изготовляемы во всякой данной странѣ по климатическимъ условіямъ, какъ это, напримѣръ, было указано [1]) для просушки фарфоровыхъ мельничныхъ вальцовъ *).

2. Обязательное эксплоатированіе изобрѣтеній создаетъ крайнюю неопредѣленность правъ. Въ самомъ дѣлѣ, всѣ законы, требующіе эксплоатированія, предписываютъ, чтобы оно совершалось въ «достаточномъ размѣрѣ», или «серьезнымъ образомъ» (см. ниже, § 195). Но такъ какъ термины серьезнаго или достаточнаго эксплоатированія являются понятіями субъективно-колеблющимися, то патентодержатель почти никогда не увѣренъ въ томъ, что какой-нибудь судъ не сочтетъ ex post его старанія недостаточными и не уничтожитъ патента **). — А несмотря на это, промышленность тѣхъ странъ, гдѣ эксплоатированіе вводится подъ давленіемъ патентнаго закона, обыкновенно ничего не выигрываетъ: особые спеціалисты, за плату, такъ умѣло устраиваютъ симулированныя предпріятія, «во всемъ согласно тре-

[1]) Patentamt, 15 мая 1884 г., Gareis, V, стр. 219—227.

*) Мыслимы также и искусственно созданныя трудности: капиталисты могутъ уклоняться отъ заказовъ для того, чтобы черезъ два года пользоваться изобрѣтеніемъ безпрепятственно и даромъ. Изъ дѣлъ Министерства Финансовъ: „Такое обязательство увеличиваетъ зависимость изобрѣтателей отъ промышленниковъ, и безъ того тяжелую въ Россіи при малоразвитой промышленности и крайне ограниченной конкурренціи... Оно даетъ возможность умышленно затягивать опыты и переговоры“.

**) См. указанія A. Pollock'a на случай, когда американецъ, собственникъ весьма цѣннаго патента на вязальную машину, сдѣлалъ въ Австріи, въ смыслѣ эксплоатированія, все, что ему посовѣтовали мѣстные юристы;— а административная власть, всетаки, кассировала патентъ за недостаточное эксплоатированіе. Progr. Ind., V, № 12.

бованіямъ мѣстныхъ прецедентовъ», — что никакая борьба съ обходами закона, à la longue, немыслима [1]).

3. Наконецъ, даже и внѣ злоупотребленій, система обязательнаго эксплоатированія мало можетъ способствовать развитію промышленности, разъ она вообще старается идти вопреки естественнымъ законамъ спроса и предложенія. Многія изобрѣтенія важны для мѣстной промышленности не потому, что они приносятъ барышъ тѣмъ, кто ихъ конструируетъ, а потому, что они способны дать новый толчекъ при примѣненіи ихъ для обработки мѣстнаго сырья [2]). Напримѣръ, русская промышленность, въ цѣломъ, выиграетъ больше въ томъ случаѣ, если ей дадутъ хорошо и прочно построенныя нѣмецкія сельскохозяйственныя машины, чѣмъ если ея фабрики будутъ строить быстро-ломающіяся косилки. При обсужденіи проекта русскаго закона, однимъ изъ компетентныхъ русскихъ спеціалистовъ по технологіи и патентному праву было высказано слѣдующее мнѣніе, которое я позволю себѣ цитировать, несмотря на нѣкоторую его длинноту [3]): «Установленіе фабрикаціи какого-либо предмета, очевидно, можетъ быть выгодно лишь въ томъ случаѣ, когда самый предметъ имѣетъ достаточно обширное употребленіе; къ числу такихъ предметовъ никакъ нельзя отнести орудій производства, распространеніе которыхъ, и въ особенности новыхъ типовъ ихъ, идетъ въ Россіи довольно медленно. Кромѣ того, построеніе этихъ орудій у насъ пока возможно лишь на сравнительно небольшомъ числѣ заводовъ и обходится дорого. Если къ дороговизнѣ присоединить еще и естественное, по новости дѣла, несовершенство выдѣлки, что̀ прямо и не-

[1]) H. Palm, Ueber die Grundlagen eines guten Patentgesetzes, Wien, 1884, стр. 23; — Assi, на конгрессѣ 1879 г., Procès-verbaux, стр. 284 и мн. другіе.

[2]) Ср. цит. докладъ v. Schütz'a, страдающій, впрочемъ, увлеченіемъ диллетантскою статистикою.—Patentamt, 15 мая 1884, Gareis, V, стр. 227, по вопросу объ употребленіи иностранныхъ вальцовъ на нѣмецкихъ мельницахъ.

[3]) Изъ дѣлъ Министерства Финансовъ.

выгодно отзовется на результатахъ примѣненія даннаго орудія производства въ промышленности, то разсматриваемое нововведеніе (т.-е. обязательная эксплоатація) должно принести нашей промышленности безусловный вредъ».

§ 190. Въ изображенной мною, возможно безпристрастнѣе, контроверзѣ можно разобраться только въ томъ случаѣ, если раздѣлить ее на два вопроса. Первый и весьма общій будетъ гласить: «желательно ли развивать мѣстную промышленность искусственными мѣрами?», а второй (болѣе спеціальный): «цѣлесообразно ли включать въ число такихъ искусственныхъ мѣръ, именно, обязательное эксплоатированіе изобрѣтеній?»

Первый вопросъ я оставлю совсѣмъ безъ разсмотрѣнія. Читатель замѣтитъ, что онъ сводится къ вѣковѣчному спору объ естественныхъ рынкахъ, о земледѣльческихъ и промышленныхъ государствахъ, о всемірномъ «дѣленіи труда», или коротко: къ исконной борьбѣ Protection v. Free Trade. А, какъ извѣстно, эта борьба—логическими операціями рѣшена быть не можетъ, ибо она соотвѣтствуетъ борьбѣ двухъ міровоззрѣній: національнзма и космополитизма. Конечно, продуктъ будетъ дешевле, если его будутъ фабриковать въ одной центральной фабрикѣ, при выгодныхъ условіяхъ,—чѣмъ если его будутъ изготовлять въ двадцати мѣстахъ, и болѣе, и менѣе удобныхъ [1]). Но такіе аргументы не убѣдили бы сторонника развитія національныхъ силъ, хотя бы и цѣною значительныхъ затратъ.— По счастливой случайности, указанный первый вопросъ можетъ быть мною обойденъ тѣмъ легче, что, какъ я укажу ниже, вся контроверза можетъ быть рѣшена въ отрицательномъ смыслѣ даже если мы отвѣтимъ на первый вопросъ утвердительно, т.-е. «да, желательно покровительствовать мѣстной промышленности». И а

[1]) Selwyn, на конгрессѣ 1889 года, Procès-verbaux etc., стр. 58.—Ср. Wenzel, на конференціи 1890 г., Berichte etc., стр. 64.

fortiori, мы получимъ отрицательное рѣшеніе, если станемъ на сторону ученій Cobden'a.

Въ самомъ дѣлѣ. Нетрудно показать, что, даже съ точки зрѣнія покровительственной политики, система обязательнаго эксплоатированія является неудовлетворяющею своему назначенію: это есть, несомнѣнно, плохое покровительственное средство. Во-первыхъ, сразу бросается въ глаза, что обязательное эксплоатированіе «покровительствуетъ» всѣмъ отраслямъ промышленности одинаково и безъ исключенія: между тѣмъ, даже тарифъ Dingley признаетъ безцѣльность покровительства каждому производству безразлично; всякій протекціонный тарифъ только тогда и имѣетъ raison d'être, когда онъ сколько-нибудь дифференцированъ. Обязательное же эксплоатированіе есть тупо-огульная мѣра.

Во-вторыхъ, обязательное эксплоатированіе есть плохая покровительственная мѣра также и по характеру санкціи, грозящей ослушникамъ. Не эксплоатирующій своего патента изобрѣтатель лишается такового. Переводя эту фразу на языкъ жизненныхъ отношеній, можно изобразить ее такъ. Привилегія № 4311 выдана г. Гёмфри на газовый генераторъ; въ видахъ покровительства русской промышленности, ст. 24 обязываетъ его фабриковать указанные генераторы на русской территоріи; г. Гёмфри въ теченіе 5-ти лѣтъ ввозитъ генераторы изъ-за границы и изготовляетъ нѣкоторое, небольшое, количество ихъ въ Россіи; по истеченіи законнаго срока, администрація отказывается выдать ему свидѣтельство о приведеніи въ дѣйствіе, признавъ (правильно) его производство симулированнымъ; въ результатѣ получается, что впредь не только г. Гёмфри, но и всякое постороннее лицо будутъ совершенно свободно... ввозить въ Россію сколько угодно генераторовъ; ибо если возможность потери важнаго права не заставила г-на Гёмфри начать (невыгодную) эксплоатацію въ Россіи, то ужъ, конечно, третьимъ лицамъ будетъ выгоднѣе ввозить за дешевую плату, чѣмъ фабриковать—за дорогую. Въ результатѣ

мы получимъ «покровительственную» мѣру, поощряющую ввозъ фабрикатовъ въ Россію.

Наконецъ, въ третьихъ, обязательная эксплоатація есть плохая мѣра уже потому, что ни одинъ законъ въ мірѣ не съумѣлъ организовать цѣлесообразнаго контроля за ея примѣненіемъ. Контроль этотъ мыслимъ или прямой, или косвенный. Въ первомъ случаѣ государственныя учрежденія, въ извѣстный моментъ, удостовѣряютъ выдачею особыхъ свидѣтельствъ, что изобрѣтатель удовлетворилъ требованіямъ закона, «приведя изобрѣтеніе въ дѣйствіе». Во второмъ—сами заинтересованныя лица, внѣ всякаго офиціальнаго вмѣшательства, наблюдаютъ за патентодержателемъ и, удостовѣрившись, что онъ очень мало или совсѣмъ не фабрикуетъ свое изобрѣтеніе,—подаютъ въ судъ искъ о признаніи патента прекратившимся. Я указалъ выше, что вторая система (косвенный контроль) влечетъ совершенно вредное положеніе неопредѣленности правъ: иногда милліонныя предпріятія зависятъ отъ случайностей процесса, не говоря уже о возможномъ шантажѣ. Для того чтобы мало-мальски обезпечить изобрѣтателя отъ случайностей, русскій законъ [1]) ввелъ офиціальный контроль. Въ результатѣ же получилась недостойная комедія: изобрѣтателю достаточно представить фабричному инспектору, въ теченіе первыхъ пяти лѣтъ, одинъ экземпляръ своего изобрѣтенія (хотя бы ввезенной изъ-за границы машины?)—для того, чтобы сіе «начальство», а затѣмъ и Отдѣлъ Промышленности механически выдали ему «свидѣтельство о приведеніи въ дѣйствіе» [2]). Получивъ такое свидѣтельство, патентодержатель можетъ не ударитъ пальца о палецъ въ теченіе всѣхъ остальныхъ десяти лѣтъ. Хорошо «покровительство»!

---

[1]) Или, по крайней мѣрѣ, обычное толкованіе русскаго закона. Я укажу ниже мою точку зрѣнія, совершенно не согласную съ этимъ толкованіемъ (см. ниже, глава 5).

[2]) См. Инструкцію Министра Финансовъ 22 сентября 1898, Собраніе узаконеній и распоряженій правит., 1898, № 149, ст. 1998.

Резюмирую все сказанное. Фритредеры [1]) относятся къ обязательной эксплоатаціи враждебно изъ принципа. Протекціонистамъ же можно посовѣтовать или ограничиться повышеніемъ таможенныхъ пошлинъ тамъ, гдѣ онѣ недостаточно покровительственны, не прибѣгая къ суррогатамъ [2]), или, въ крайнемъ случаѣ, поискать покровительственно-патентныхъ нормъ, болѣе отвѣчающихъ преслѣдуемой цѣли, чѣмъ обязательное эксплоатированіе.

§ 191. Съ юридической точки зрѣнія, институтъ обязательной эксплоатаціи изобрѣтеній также полонъ интереснѣйшихъ контроверзъ. Замѣчу, впрочемъ, что большинство авторовъ, писавшихъ объ этомъ институтѣ, такъ увлекались жгучими экономическими проблемами Ausführungszwang'a и такъ за это на него нападали,—что въ ихъ работахъ нѣтъ почти и слѣда спокойнаго догматическаго анализа. Только у одного итальянскаго юриста [3]) удалось мнѣ найти болѣе или менѣе удачный эскизъ могущихъ быть поднятыми вопросовъ. Поэтому, заполняя указанный пробѣлъ, изслѣдователю приходится работать исключительно по сырому матеріалу, т.-е. по судебнымъ рѣшеніямъ.

Но прежде чѣмъ предложить опытъ юридическаго анализа, мнѣ необходимо сдѣлать одно довольно длинное отступленіе. Дѣло заключается въ слѣдующемъ. Проектъ III устанавливалъ чрезвычайно облегченную

---

[1]) Англійскій законъ не содержитъ постановленій объ обязательной эксплоатаціи.

[2]) Такъ поступаютъ С. Штаты.—Замѣчу однако, что къ общепринятому, какъ догматъ, положенію, что въ С. Штатахъ нѣтъ обязательной эксплоатаціи надо относиться осторожно. Въ рѣшеніи Pitts v. Wemple (1855) сказано: „a man may obtain a patent for invention and let it lie in the Patent Office without use, and no one else would have the right to use such invention because it is his property“ (Rob., I, 65). Въ дѣлѣ же Hoe v. Knapp (1886 г.) сказано: „the patentee must use the invention himself, or permit others to use it on reasonable terms, or the court will not grant him an injunction against infringers“ (Robinson, I, стр. 50).

[3]) E. Bosio, Della decadenza dei brevetti per mancata attuazione, Torino, 1895, отд. оттискъ изъ Rivista delle privative industriali, VI и VII, 1895 года.

форму обязательной эксплоатаціи [1]): нѣкоторыя привилегіи (отнюдь не всѣ!) «къ производству коихъ не усматривалось бы затрудненій», могли бы быть выдаваемы съ оговоркой объ обязательной эксплоатаціи. А мотивы, поясняя это постановленіе, указывали [2]). что Министерство предполагало толковать указанную норму въ весьма благопріятномъ для изобрѣтателей смыслѣ: «Къ числу этихъ предметовъ слѣдуетъ отнести изобрѣтенія, которыя отнюдь [3]) не служатъ матеріалами въ какой либо (!) отрасли промышленности или орудіями производства, а могутъ служить непосредственно къ потребностямъ частныхъ лицъ».

Государственный Совѣтъ не согласился принять статью 16-ую министерскаго проекта. Журналъ соединенныхъ Департаментовъ говоритъ по этому поводу [4]): норма, содержащаяся въ ст. 16-й, «кореннымъ образомъ измѣняетъ дѣйствующую ст. 191 уст. пром., по силѣ коей всякая привилегія должна быть непремѣнно приведена въ дѣйствіе въ Россіи въ теченіе четверти срока ея дѣйствія. Поводомъ къ такому измѣненію послужили жалобы на то, что это требованіе трудно исполнимо, такъ какъ въ теченіе упомянутаго срока, составляющаго даже для самыхъ продолжительныхъ десятилѣтнихъ привилегій только три года ($2^1/_2$ года для приведенія въ дѣйствіе привилегіи и 6 мѣсяцевъ для доведенія о семъ до свѣдѣнія подлежащаго начальства), — невозможно организовать промышленное дѣло и найти потребные для сего капиталы. Въ виду

[1]) См. проектъ III, ст. 16: „Привилегіи, испрашиваемыя на предметы, къ производству коихъ въ Россіи не усматривается затрудненій, могутъ быть выдаваемы, по усмотрѣнію правительства, съ оговоркою, что дѣйствіе оныхъ, по истеченіи трехъ лѣтъ со дня выдачи привилегіи, будетъ прекращено, если владѣлецъ привилегіи ограничится только ввозомъ такихъ предметовъ изъ-за границы, но не организуетъ, самъ лично или чрезъ кого-либо, производства этихъ предметовъ промышленнымъ путемъ въ Россіи".

[2]) Представленіе № 5641, стр. 155—156.

[3]) Энергично и характерно, но навряд ли основательно съ точки зрѣнія логики.

[4]) Журналъ, стр. 11—12.

этого Министерствомъ Финансовъ и было предложено, не сохраняя за ст. 191 уст. пром. значенія общаго правила, ограничить ея примѣненіе лишь тѣми случаями, когда къ приведенію въ исполненіе изобрѣтеній или усовершенствованій въ Россіи не встрѣчается затрудненій. Нельзя однако не замѣтить, что при выдачѣ привилегій весьма трудно судить о томъ, будетъ ли изобрѣтеніе или усовершенствованіе легко осуществимо въ дѣйствительности. Поэтому, ст. 16 либо останется мертвою буквою, либо будетъ примѣняться очень рѣдко. Между тѣмъ очевидно, что огражденіе изобрѣтеній и усовершенствованій путемъ привилегій оправдывается собственно настолько, насколько этимъ путемъ общественная промышленность получаетъ возможность примѣнять новыя изобрѣтенія или усовершенствованія. Нѣтъ никакого основанія поощрять привилегіями такихъ иностранныхъ изобрѣтателей, которые, взявъ привилегію въ Россіи, намѣренно не принимаютъ никакихъ мѣръ для осуществленія своего изобрѣтенія въ ея предѣлахъ, разсчитывая извлекать выгоды отъ сбыта на русскихъ рынкахъ изготовленныхъ заграницей предметовъ привилегіи. Равнымъ образомъ едва ли правильно было бы оставлять въ силѣ привилегіи на изобрѣтенія, которыя вообще не могутъ быть приведены въ исполненіе въ Россіи, ибо, если предметы, изготовленные новымъ способомъ, требуются для нашей промышленности, то они будутъ ввозиться къ намъ, хотя бы данный способъ и не пользовался бы у насъ привилегіею. На этомъ основаніи Департаменты предпочитаютъ и т. д.».

Такимъ образомъ, Государственный Совѣтъ считалъ нужнымъ, вмѣсто слабой, по его мнѣнію, 16-й статьи проекта, поставить болѣе энергичную, въ протекціонномъ отношеніи, нынѣ дѣйствующую статью 24-ую. Однако, если внимательно проанализировать эту послѣднюю, то окажется, что ея энергичность является въ значительной степени призрачною и что ст. 16-ая, можетъ быть, давала бы de facto болѣе серьезную за-

щиту русской промышленности, чѣмъ статья 24-ая. Въ самомъ дѣлѣ. Министерская статья предполагала требовать эксплоатаціи отъ немногихъ родовъ изобрѣтеній: но тамъ, гдѣ она считала эксплоатацію необходимою, она ставила серьезныя требованія. А именно: статья 16-ая запрещала патентодержателю «ограничиваться ввозомъ патентованныхъ предметовъ изъ-за границы» и требовала, чтобы онъ «организовалъ производство ихъ промышленнымъ путемъ». Изъ этой статьи ясно вытекало что патентодержатель долженъ былъ фабриковать свое изобрѣтеніе на русской территоріи (а не только употреблять ввезенные изъ-за границы экземпляры), и что фабрикація эта должна была быть организована промышленнымъ путемъ (а не только производиться въ видѣ единичныхъ случаевъ). Какую же норму подставилъ Государственный Совѣтъ на мѣсто ст. 16-ой проекта? «Получившій привилегію обязанъ привести въ дѣйствіе въ Россіи изобрѣтеніе, на которое привилегія выдана»—гласитъ ст. 24-ая Положенія. Не надо быть тонкимъ юристомъ, чтобы сразу усмотрѣть колоссальную разницу двухъ постановленій. «Привести въ дѣйствіе» сильно смахиваетъ на «осуществить», на «реализировать». И если вспомнить, что слова «промышленнымъ путемъ» въ ст. 24-ой опущены,—то легко придти къ толкованію, согласно коему ст. 24-ая имѣетъ-де цѣлью устранять привилегіи, выданныя на изобрѣтенія «не-практичныя»,—не осуществимыя при ставимыхъ жизнью условіяхъ,—выданныя по ошибкѣ на не реализованныя теоретическія проблемы *). Всѣ эти соображенія позволяютъ считать

*) Могу дать матеріалъ для критики такого положенія. А именно, можно сказать, что привилегіи, выданныя ошибочно на не реализованныя проблемы, не могутъ подлежать прекращенію по ст. 24 и ст. 29, п. 3—по той простой причинѣ, что для нихъ существуетъ особый институтъ уничтоженія по ст. 26 и п. 4, ст. 29. Отвѣтъ на такое возраженіе очень простъ: ст. 26 и п. 4, ст. 29 позволяютъ уничтожать подобную привилегію лишь въ теченіе 2-хъ лѣтъ. Позже борьба должна и можетъ быть допущена именно по ст. 24 и п. 3, ст. 29.—Ср. для нѣмецкаго права замѣчательное противоположеніе Reichsgericht, 12 декабря 1888 г., Gareis, VII, стр. 270 и

«приведеніемъ въ дѣйствіе»—хотя бы и единичное изготовленіе одного экземпляра изобрѣтенія. Можно пойти дальше и сказать, что ст. 24-ая ничего не говоритъ о ввозѣ или не ввозѣ предметовъ изъ-за границы, а предписываетъ привести въ дѣйствіе изобрѣтеніе *) (не привилегію!). А по здравому смыслу, если привилегія выдана на сѣнокосилку, то привести въ дѣйствіе это изобрѣтеніе (не привилегію)—значитъ: косить этой косилкой сѣно, или: перегонять патентованнымъ аппаратомъ спиртъ, или: набирать линотипной машиной газету и т. д. Въ виду этихъ соображеній, я не могу отнестись съ упрекомъ къ тѣмъ фабричнымъ инспекторамъ, которые, увидавъ что косилка коситъ, аппаратъ ректификуетъ, а машина набираетъ на русской территоріи,—выдаютъ свидѣтельство о приведеніи въ дѣйствіи изобрѣтенія въ Россіи, не справляясь **), откуда взялась эта машина.

Я указалъ выше, что Министерство оставляло въ своемъ проектѣ лишь тѣнь, если такъ можно выразиться, института обязательной эксплоатаціи, считая ее въ большинствѣ случаевъ вредною для развитія промышленности. Такимъ образомъ, всѣ только что пере-

---

Reichsgericht, 4 декабря 1897 г., Gareis, XII, ст. 66 и 67;—для французскаго права: Mainié, II, стр. 65—66.

*) Статья 29, п. 3 говоритъ, наоборотъ, о приведеніи въ дѣйствіе привилегій... Отмѣчу, что я излагаю отнюдь не свое мнѣніе, а лишь показываю генезисъ господствующей нынѣ доктрины.

**) Да и какъ справляться?—Ввозъ изъ-за границы есть юридическій фактъ, могущій быть установленъ лишь судебнымъ порядкомъ. Представимъ себѣ что машина ввезена по частямъ и собрана на мѣстѣ,—или что часть ввезена, а часть сдѣлана на мѣстѣ. Съ одной стороны нельзя сказать, что машина изготовлена въ Россіи, если здѣшніе монтеры лишь отполировали ее и поставили кое-гдѣ краны. Съ другой стороны—нельзя считать машину ввезенною только потому, что поршни и цилиндры были куплены въ Англіи. Надо, значитъ, различать существенныя части отъ несущественныхъ. Но вѣдь это можетъ быть сложнѣйшимъ quaestio facti, для рѣшенія котораго надо вызвать контрадикторную экспертизу передъ независя̀мымъ „суверепомъ“-судьей! При такихъ обстоятельствахъ, кто посмѣетъ бросить камнемъ въ фабричнаго инспектора, который мудро рѣшаетъ дѣло in favorem liberationis и говоритъ: „коситъ въ Тамбовской губерніи, ergo приведена въ дѣйствіе въ Россіи“?

численные редакціонные промахи ст. 24-ой Положенія упали на благодарную почву въ Министерствѣ, которому она была «aufgezwungen». Въ результатѣ же получилось такое толкованіе злополучной статьи, которое дѣлаетъ ее мертвымъ грузомъ, лежащимъ на промышленности и имѣющимъ смыслъ лишь для тѣхъ агентовъ, которые занимаются инсценированіемъ производства. Фабричный инспекторъ механически *) выдаетъ «удостовѣреніе», Отдѣлъ Промышленности столь же механически выдаетъ «свидѣтельство» —и тѣмъ дѣло кончается: ст. 24-ая исполнена, и патентодержатель можетъ спокойно игнорировать русскую промышленность ровно десять лѣтъ.

Я изобразилъ практику такъ, какъ она есть: указалъ ея генезисъ и интерпретаціонныя основанія. Прибавлю, что, считая институтъ обязательной эксплоатаціи вообще вреднымъ, я могу только радоваться тому, что въ Россіи онъ принялъ такую мало-серьезную форму. Однако, долгъ добросовѣстнаго изслѣдователя обязываетъ меня указать, что изображенная доктрина, со строго юридической точки зрѣнія — несостоятельна и не соотвѣтствуетъ намѣреніямъ законодателя.

§ 192. Эти намѣренія законодателя совершенно недвусмысленно выражены въ мотивахъ, изъ коихъ я привелъ выше [1]) довольно длинный отрывокъ. Государственный Совѣтъ считалъ нужнымъ создать статью 24-ую потому, что выдача привилегій оправдывается лишь постольку, поскольку «промышленность (sc.: данной страны) получаетъ возможность примѣнять новыя изобрѣтенія». Государственный Совѣтъ желалъ обрушить тяжесть 24-ой статьи на тѣхъ иностранныхъ изобрѣтателей, которые «намѣренно не принимаютъ никакихъ мѣръ для осуществленія своего изобрѣтенія въ предѣлахъ Россіи, разсчитывая извлекать

*) Совершенно правильно, еще въ 1877 году, мотивы нѣмецкаго закона указывали, какъ на рѣшающій аргументъ, что „der Staatsverwaltung fehlen Organe, um die Thatsache der Ausführung festzustellen“.

[1]) Стр. 132—133.

выгоду отъ сбыта на русскихъ рынкахъ изготовленныхъ заграницей предметовъ».

Слѣдовательно, терминъ «привести въ дѣйствіе изобрѣтеніе», употребленный въ ст. 24-ой и, самъ по себѣ, не отличающійся особенною опредѣлительностью,—долженъ быть толкуемъ именно въ томъ освѣщеніи, которое бросаютъ на него цитированные мотивы: тѣмъ паче, что этотъ терминъ не находится съ мотивами въ какомъ бы то ни было противорѣчіи.

Статья 24-ая требуетъ отъ патентодержателя производства изобрѣтенія на русской территоріи и притомъ промышленнымъ путемъ, ибо производство единичное и случайное не можетъ быть признано способствующимъ развитію русской промышленности. Самое же понятіе промышленнаго производства является сложнымъ юридическимъ комплексомъ, къ анализу коего я теперь и перехожу.

Понятіе эксплоатаціи складывается изъ двухъ элементовъ: субъективнаго и объективнаго. Наибольшія трудности представляетъ изученіе перваго изъ нихъ.

§ 193. А. Субъективный элементъ понятія. Этотъ элементъ можетъ выразиться въ одной изъ двухъ формъ: изобрѣтатель или желаетъ (I) или не желаетъ (II) наступленія того факта, который называется отсутствіемъ эксплоатаціи. Это желаніе можетъ выразиться, въ свою очередь, въ активной или пассивной формѣ. Такимъ образомъ, мы получаемъ слѣдующую четырехчленную комбинацію:

I группа (желаетъ, чтобы эксплоатація наступила)
форма А (активно): изобрѣтатель старается эксплоатировать;
форма Б (пассивно): самъ не старается, но другимъ эксплоатировать не мѣшаетъ;

II группа (желаетъ, чтобы эксплоатація не наступила)
форма В (активно): самъ не старается и другимъ мѣшаетъ;

форма Г (пассивно): не желалъ бы эксплоатаціи, но въ положительныхъ мѣрахъ своего нежеланія не проявляетъ.

Разсматривая эти четыре формы, мы тотчасъ замѣтимъ, что только первыя три могутъ имѣть практическое значеніе. Форма же Г (пассивное, не проявившееся во-внѣ, злое намѣреніе) для юриспруденціи значенія имѣть не можетъ. Комбинируя указанныя три практическія формы съ двумя возможными внѣшними результатами (эксплоатація произошла—не произошла), мы получаемъ слѣдующую шестичленную схему:

Случай 1-й: воля А
Случай 2-й: воля Б } Эксплоатація есть.
Случай 3-й: воля В

Случай 4-й: воля А
Случай 5-й: воля Б } Эксплоатаціи нѣтъ.
Случай 6-й: воля В

Разсматривая изложенные шесть случаевъ, мы, прежде всего, можемъ выдѣлить такіе, которые не возбуждаютъ никакого сомнѣнія. Сюда относятся:

Случай 1-ый (изобрѣтатель старался эксплоатировать и старанія его увѣнчались успѣхомъ), и

Случай 6-ой (изобрѣтатель злонамѣренно мѣшалъ попыткамъ эксплоатировать изобрѣтеніе и добился своей цѣли).

Продолженіе привилегіи въ 1-мъ случаѣ и прекращеніе ея въ 6-мъ—не могутъ быть предметомъ спора.

Остальные четыре случая могутъ повести къ контроверзамъ, рѣшеніе коихъ будетъ зависѣть отъ того, который изъ двухъ элементовъ: объективный или субъективный—имѣетъ больше вѣсу въ глазахъ даннаго закона. Въ самомъ дѣлѣ, законъ, установляя обязательную эксплоатацію, можетъ «покровительствовать» промышленности съ двоякой точки зрѣнія: 1) или уничтожая тѣ патенты, которые служатъ положительнымъ препятствіемъ для развитія мѣстныхъ промысловъ (и, значитъ, оставляя въ покоѣ тѣ патенты, которыхъ

владѣльцы могли бы препятствовать, но фактически не препятствуютъ), или же 2) уничтожая также и тѣ патенты, которые—въ виду очевидной пассивности ихъ владѣльцевъ—мѣшать не мѣшаютъ, но и не содѣйствуютъ развитію промышленности. Первая точка зрѣнія является болѣе простою и естественною; вторая же основана, очевидно, на болѣе послѣдовательномъ развитіи принциповъ патентной защиты. Въ самомъ дѣлѣ, если патентъ имѣетъ цѣлью побудить изобрѣтателя—обѣщаніемъ монополистическихъ выгодъ—усиленно работать на пользу промышленности, то нѣтъ смысла оставлять въ силѣ такой патентъ, который недостаточно подѣйствовалъ на психику изобрѣтателя и не могъ толкнуть его на исключительное развитіе дѣятельности.

Обращаясь, съ точки зрѣнія именно такого противоположенія, къ рѣшенію остальныхъ четырехъ случаевъ, мы получимъ слѣдующіе результаты.

Случай 2-ой (изобрѣтатель самъ относился къ дѣлу пассивно, но не поставилъ и особыхъ препятствій тѣмъ, кто пожелалъ эксплоатировать его изобрѣтеніе) будетъ, я думаю, рѣшенъ во всѣхъ странахъ, имѣющихъ институтъ обязательной эксплоатаціи, въ смыслѣ благопріятномъ для изобрѣтателя; наврядъ ли какой-либо судъ рѣшится прекратить привилегію, уже приведенную въ дѣйствіе, только потому, что это приведеніе произошло съ согласія, но безъ спеціальныхъ усилій изобрѣтателя, не заботившагося о распространеніи своего изобрѣтенія. Это—ужъ личное его счастье, что лиценціаты сами упали ему съ неба, какъ галушки въ ротъ. Въ этомъ рѣшеніи, слѣдовательно, доминируетъ объективная тенденція.

Случай 5-ый (изобрѣтатель самъ относился къ патенту своему пассивно, лиценціаты же, сами собой, къ нему не явились, такъ что эксплоатированіе не состоялось) будетъ, я думаю, всякимъ судьей рѣшенъ противъ изобрѣтателя. Правда, этотъ изобрѣтатель велъ себя не пассивнѣе, чѣмъ изобрѣтатель въ предъиду-

щемъ случаѣ; но—къ несчастью—онъ не имѣлъ такой же удачи, какъ 2-ой изобрѣтатель; лиценціаты не взяли на себя трудъ провести эксплоатацію помимо него; законъ долженъ прекратить его привилегію. Это рѣшеніе продиктовано также объективною тенденціею.

Контроверзы обостряются, когда мы переходимъ къ послѣднимъ двумъ случаямъ.

Случай 4-й (изобрѣтатель старался создать эксплоатацію, но, по независящимъ отъ него обстоятельствамъ, она состояться не могла) является наиболѣе частымъ на практикѣ. Судебныя рѣшенія склоняются, обыкновенно, на сторону изобрѣтателя, т.-е. отказываются прекратить его привилегію.

Приведу нѣсколько примѣровъ [1]).

Во Франціи благопріятное для изобрѣтателя рѣшеніе не можетъ быть предметомъ спора, въ виду положительнаго указанія закона, гласящаго (ст. 32): «Sera déchu... 2° le breveté qui n'aura pas mis en exploitation son invention à moins qu'il ne justifie des causes de son inaction». Авторитетные комментаторы прибавляютъ при этомъ указаніе, что суды чрезвычайно снисходительно толкуютъ понятіе причинъ, мѣшавшихъ эксплоатаціи [2]), и что малѣйшая серьезная попытка эксплоатаціи обыкновенно принимается за оправданіе [3]). Такъ, признаны были причинами, избавляющими отъ прекращенія привилегіи: промышленный кризисъ [4]), продѣлки конкуррентовъ [5]), отсутствіе денежныхъ средствъ [6]), дороговизна сырья [7]) и т. д.

---

[1]) Изъ старыхъ законовъ, допускающихъ вліяніе независящихъ отъ воли изобрѣтателя обстоятельствъ, отмѣчу: Саксонія, 1853 г., ст. 9;—Сицилія, 1810 г., ст. 16;—Ганноверъ, 1847 г., § 287;—Вюртембергъ, 1836 г., ст. 157, § 3;—Швеція, 1834 г., ст. 16.

[2]) Mainié, II, стр. 51.

[3]) Pouillet, n° 533, in fine.

[4]) Paris, 30 марта 1855 г., Mainié, § 2051.

[5]) Paris, 26 декабря, 1878 г., ibid., § 2058;—Amiens, 16 марта 1882 г., Pataille, Ann., XXIX, стр. 182.

[6]) Cass., 26 іюля 1879 г., ibid. § 2049.

[7]) Paris, 1 декабря 1863 г., Pataille, Ann., XI, стр. 242.

Въ Италіи благопріятное для изобрѣтателя рѣшеніе также предписывается текстомъ закона (ст. 58, 3⁰): «...non avrà luogo l'anullamento se l'inazione fu effetto di cause independenti dalla volonta di collui o di coloro a cui l'attestato appartiene. Fra queste cause non è compresa la mancanza dei mezzi pecuniari». Комментаторы указываютъ [1]), что эта статья имѣетъ въ виду не только vim majorem, но и другія, менѣе абсолютныя, причины бездѣйствія. Судебныхъ рѣшеній, кажется, не имѣется.

Въ Германіи комментаторы ссылаются [2]) на то обстоятельство, что законъ гласитъ (ст. 11): «Das Patent kann nach Ablauf von drei Jahren... zurückgenommen werden...», а не wird zurückgenommen, въ подтвержденіе того положенія, что прекращеніе привилегіи можетъ быть постановлено только въ случаѣ вины изобрѣтателя, и что судъ можетъ и не прекратить привилегіи, если онъ убѣдится въ серьезности причинъ, помѣшавшихъ эксплоатаціи. Судебныя рѣшенія стоятъ на той же точкѣ зрѣнія [3]).

Въ Россіи, наконецъ, законъ гласитъ: «получившій привилегію обязанъ привести ее въ дѣйствіе». Практика толкуетъ настоящее постановленіе въ нѣсколько механическомъ смыслѣ, т.-е.: нѣтъ приведенія въ дѣйствіе,—привилегія прекращается. Однако, можно замѣтить, что самый текстъ ст. 24-ой вовсе ужъ не такъ абсолютенъ, какъ его изображаетъ приведенное толкованіе. Законъ не говоритъ, что привилегія прекращается, если она (какъ голый фактъ) не была приведена въ дѣйствіе,—а лишь что изобрѣтатель обязанъ и т. д. И если вспомнить, что supra vires nemo tene-

---

[1]) E. Bosio, Della decadenza etc., стр. 305.

[2]) B. Seligsohn, Commentar etc., стр. 107.

[3]) Reichsgericht, 12 декабря 1888 г., Gareis, VII, стр. 270, и, въ особенности, Patentamt, 13 іюня 1895 г., ibid., XII, стр. 89;—Reichsgericht, 26 ноября 1890 г., Gareis, IX, стр. 408 („gewichtige Entschuldigungsgründe“);—Reichsgericht, 6 мая 1891 г., Gareis, IX, стр. 415 („besondere Hindernisse“).—Австрійскій законъ, ст. 27, гласитъ также „das Patent kann zurückgenommen werden“. Судебныхъ рѣшеній, пока, нѣтъ.

tur—то, напр., vis major можетъ быть легко введена въ толкованіе ст. 24-ой. Представимъ себѣ, въ самомъ дѣлѣ, что изобрѣтеніе касается машины для печатанія игральныхъ картъ. «Выдача привилегіи не освобождаетъ получившаго ее отъ подчиненія существующимъ законамъ (ст. 23)». Но вѣдь нужно будетъ признать юридическимъ скандаломъ, если въ государствѣ—министерство внутреннихъ дѣлъ, отказываясь пріобрѣсти привилегію для своей монопольной фабрики, будетъ наказывать изобрѣтателя, который попытается самостоятельно эксплоатировать привилегію,—а министерство финансовъ, съ своей стороны, будетъ наказывать того же человѣка, если онъ не попытается эксплоатировать изобрѣтеніе. Вѣдь законы—не насмѣшка, и патенты не для того выдаются, чтобы можно было преслѣдовать человѣка, безразлично, и за совершеніе, и за несовершеніе того же постунка.

Въ виду всего изложеннаго, я позволяю себѣ утверждать, что судьи главнѣйшихъ странъ не прекращаютъ привилегіи, если изобрѣтатель можетъ доказать, что онъ активно принялъ всѣ мѣры, которыя должны были бы обезпечить эксплоатацію,—и что отсутствіе желаемаго результата произошло вслѣдствіе причинъ, отъ его воли не зависѣвшихъ.

Остается, наконецъ, случай 3-ій. (Изобрѣтатель самъ не эксплоатировалъ и даже активно мѣшалъ тѣмъ, кто желалъ работать согласно патентному описанію,—однако эксплоатація, все-таки, состоялась).

Случай этотъ можетъ показаться нѣсколько страннымъ. Однако, стоитъ всмотрѣться въ жизненныя отношенія, чтобы представить себѣ его полную возможность. Изобрѣтатель ввозитъ продуктъ, въ странѣ его не фабрикуетъ, на требованіе лиценціи отвѣчаетъ отказомъ и, вдобавокъ, энергично преслѣдуетъ контрафакторовъ. Я думаю, что въ этомъ случаѣ, суды всякой страны, не колеблясь, уничтожатъ привилегію, даже если бы было доказано, что контрафакторамъ удалось бросить на рынокъ тысячи экземпляровъ изобрѣтенія

и, такимъ образомъ, отчасти оживить мѣстный рынокъ. Я знаю, что такое мое утвержденіе, на видъ, противорѣчитъ одному недавнему важному рѣшенію Reichsgericht'а [1]). Я позволю себѣ процитировать наиболѣе характерный отрывокъ этого рѣшенія цѣликомъ: «патентодержатель можетъ ссылаться какъ на ту эксплоатацію, которую производятъ его лиценціаты, такъ и на ту, которую производятъ неуполномоченныя третьи лица противъ его воли, съ нарушеніемъ его патентныхъ правъ,—даже если онъ ихъ преслѣдуетъ въ судѣ. Въ особенности необходимо допустить такое рѣшеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда, фактически, вся промышленность данной страны не только пользовалась, безъ дозволенія патентодержателя, его изобрѣтеніемъ, но этимъ самымъ пользованіемъ еще и мѣшала развитію собственной эксплоатаціи изобрѣтателя, заставляя его вчинать массу исковъ для того, чтобы превращать контрафакторовъ въ лиценціатовъ. Общественный интересъ, требующій прекращенія патента въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ—благодаря отсутствію эксплоатаціи—не только не оплодотворяетъ мѣстной промышленности, но еще и задерживаетъ ея развитіе, – въ разбираемомъ случаѣ отсутствуетъ, въ виду того, что de facto данное изобрѣтеніе несомнѣнно произвело благодѣтельный толчокъ въ дѣлѣ развитія нѣмецкой промышленности. Смыслу и цѣли закона противорѣчило бы, если бы суды прекращали такіе патенты, которые эксплоатируются лицами, въ сущности обязанными взять лиценціи. Исполненіе своихъ законныхъ обязанностей со стороны этихъ лицъ уничтожило бы и поводъ къ иску о прекращеніи». Вообще не принято критиковать кассаціонныя рѣшенія иностранныхъ судовъ: казалось бы страннымъ, если бы русскій изслѣдователь сталъ учить высшее нѣмецкое судилище, какъ надо толковать нѣмецкій законъ. Однако, въ разбираемомъ слишкомъ очевидномъ случаѣ, я возьму на себя смѣлость пока-

[1]) Reichsgericht, 26 ноября 1898 г., Gareis, XIII, стр. 160—161.

зать, что цитированное рѣшеніе противорѣчитъ вышеустановленному мною тезису лишь постольку, поскольку оно ошибочно. Ошибка же заключается въ томъ, что Reichsgericht цитированный свой тезисъ расширяетъ за предѣлы тѣхъ фактическихъ положеній, которыя послужили ему матеріаломъ для постройки вывода, т.-е. Reichsgericht дѣлаетъ ошибку, часто встрѣчающуюся въ юриспруденціи: изъ décision d'espèce онъ дѣлаетъ décision de principe. Стоитъ прочитать все дѣло, чтобы тотчасъ усмотрѣть, какой именно фактическій элементъ не упомянутъ въ тезисѣ. Изобрѣтатель, Никола Тесла, принялъ всѣ мѣры для того, чтобы обезпечить эксплоатацію: онъ выдалъ лиценцію обществу Геліосъ въ Кельнѣ [1]); аппараты для «вращающагося» тока были изготовлены и предлагаемы покупателямъ [2]); лиценціи были предлагаемы, хотя безуспѣшно [3]); предпринято было устройство линіи, на основаніи патентнаго описанія, въ Целлѣ и начаты переговоры съ управленіемъ г. Дортмунда [4]) и т. д. Я утверждаю, что при наличности подобныхъ фактическихъ обстоятельствъ, можно было бы отказать въ прекращеніи даже если бы контрафакторы не эксплоатировали изобрѣтенія. Въ самомъ дѣлѣ, мы имѣли бы тогда, по моей классификаціи, случай 4-ый: изобрѣтатель активно старался создать эксплоатацію, но она, пока, не пошла не по его волѣ. Reichsgericht совсѣмъ упустилъ изъ виду—въ цитированномъ тезисѣ—именно эту сторону дѣятельности изобрѣтателя, Н. Тесла. Между тѣмъ, представимъ себѣ, что тотъ же Тесла, въ судѣ, держалъ бы такую рѣчь: «лиценцій я никому не выдавалъ и выдавать не собираюсь, самъ не эксплоатировалъ и эксплоатировать не собираюсь, — но вы, г.г. судьи, обратите вниманіе на контрафакторовъ; я ихъ преслѣдую и уничтожаю, по мѣрѣ силъ, ихъ производство; однако, ихъ

[1]) Ibid., стр. 148.
[2]) Ibid., стр. 150.
[3]) Ibid., стр. 150.
[4]) Ibid., стр. 150.

все еще очень много и они «оплодотворяютъ» нѣмецкую промышленность». Подобный случай безусловно подходилъ бы подъ тезисъ Reichsgericht'a, какъ я его цитировалъ выше: однако патентъ, несомнѣнно, былъ бы прекращенъ. Ошибка Reichsgericht'a заключается, значитъ, въ томъ, что онъ въ своемъ тезисѣ пропустилъ важную оговорку: «разумѣется, если патентодержатель, принципіально, старается (хочетъ) эксплоатировать на данной территоріи». Тезисъ, извлеченный изъ цитированнаго рѣшенія редакціею «Сборника», благодаря своей краткости, весьма ясно показываетъ наличность указанной ошибки: «Dem Patentinhaber sind auch Ausführungen zu Gute zu halten, welche nicht von ihm oder seinem Lizenznehmer, sonder gegen seinen Willen unter Verletzung seiner Patentrechte stattgefunden haben [1])». Подчеркнутыя слова обнимаютъ гораздо большее количество случаевъ, чѣмъ сколько хотѣли обнять ихъ авторы.

Изъ сказаннаго вытекаетъ, что въ вопросѣ объ эксплоатаціи, исполняемой контрафакторами, необходимо строго различать два случая: 1) если изобрѣтатель самъ старается эксплоатировать и, слѣдовательно, если онъ можетъ отчасти приписать свою неудачу вліянію дѣйствій контрафакторовъ, то патентъ сохраняется въ силѣ; 2) если же изобрѣтатель ничѣмъ не проявляетъ своего желанія эксплоатировать, но ссылается на дѣйствія контрафакторовъ лишь для того, чтобы ихъ за эти же дѣйствія наказать, то патентъ будетъ признанъ потерявшимъ силу. Я думаю, что недостаточно яснымъ противоположеніемъ этихъ двухъ случаевъ объясняются и колебанія французской практики. Эта послѣдняя различаетъ случаи контрафактной эксплоатаціи, соединенной съ agissements des contrefacteurs [2]) и не соединенной съ agissements [3]). Въ первомъ случаѣ многочисленныя рѣшенія сохраняли на-

[1]) Ibid., стр. 146.
[2]) См. рѣшенія, цит. у Mainié, II, стр. 54.
[3]) См. ibid., стр. 62—64.

тенты въ силѣ, во второмъ—идетъ контроверза: одни авторы (Pouillet, Allart) стоятъ за прекращеніе, другіе (Tillière, Dalloz)—за сохраненіе въ силѣ. Я думаю, что всѣ контроверзы исчезли бы, еслибы вниманіе было обращено не на неясное понятіе agissements, а на его психологическую подкладку. Что такое agissements?—это козни, дѣйствія контрафакторовъ, направленныя на то, чтобы помѣшать эксплоатаціи изобрѣтателя; а мѣшать можно, конечно, лишь въ томъ случаѣ, если изобрѣтатель желаетъ эксплоатировать. Что же такое будетъ контрафактная эксплоатація безъ agissements (вѣдь всякая контрафакція является помѣхой, непріятностью, затрудненіемъ для изобрѣтателя, принужденнаго таскаться по судамъ)? Какъ же мыслима контрафакція, не составляющая agissements?—да очень просто: agissement'овъ нѣтъ тогда, когда нечему мѣшать, когда изобрѣтатель и не собирался эксплоатировать. Я думаю, что и французская контроверза можетъ быть приведена къ моимъ тезисамъ. Если изобрѣтатель хотѣлъ, но контрафакторы ему мѣшали эксплоатировать—патентъ остается въ силѣ; если же изобрѣтатель не хотѣлъ эксплоатировать, то онъ, конечно, не можетъ придти въ судъ и сказать: «оставьте патентъ въ силѣ, въ виду дѣйствій контрафакторовъ—хотя я и не эксплоатировалъ и не собираюсь эксплоатировать».

§ 194. Группируя полученные результаты воедино, я могу изобразить слѣдующую схему:

		На что направл. воля: +≡ на привед. въ дѣйств. −≡ на непривед. въ дѣйств.	Матеріал. результ.: +≡ эксплоат. есть. −≡ эксплоат. нѣтъ.	№ случая по моей схемѣ.	Участь патента: +≡ сохр. силу. −≡ прекращ.
Активная воля.	I	+	+	1	+
	II	—	+	3	—
	III	+	—	4	+
	IV	—	—	6	—
Пассивная воля	V	+	+	2	+
	VI	—	—	5	—
	VII	—	+	Случ., мысл. лишь въ теор.	(+)
	VIII	+	—		(—)

Приведенная таблица выведена мною чисто эмпирически-индуктивнымъ путемъ, на основаніи рѣшеній. И лишь построивъ ее, я замѣтилъ, что она свидѣтельствуетъ о правильности всѣхъ моихъ длинныхъ разсужденій тѣмъ, что она можетъ быть сведена, при кажущейся ея пестротѣ, къ одной формулѣ, точной и ясной, какъ математическій законъ.

Въ самомъ дѣлѣ. Въ первыхъ четырехъ случаяхъ мы замѣчаемъ соотвѣтствіе четвертой графы съ первою (т.-е. участи патента съ направленіемъ воли); во вторыхъ же четырехъ случаяхъ соотвѣтствіе это конструируется не съ первою, а со второю графою (т.-е. участь патента соотвѣтствуетъ характеру матеріальнаго результата).

Отсюда можно вывести слѣдующія два правила:

I. При активности воли, участь патента рѣшаетъ направленіе этой воли.

II. При пассивности воли, участь патента рѣшаетъ матеріальный фактъ.

А оба эти правила могутъ быть сведены къ единому общему закону.

Въ институтѣ обязательной эксплоатаціи фактъ подчиняетъ себѣ пассивную волю, но подчиняется самъ волѣ активной [1]).

Выраженный въ приведенной формѣ, этотъ законъ можетъ дать матеріалъ даже для этико-философскихъ разсужденій!

[1]) Изложеніе этого вопроса настолько растянулось, что я не хотѣлъ бы еще останавливаться на полемикѣ съ тѣми отрывочными указаніями, которыя можно было бы найти у нѣкоторыхъ авторовъ. Не могу, однако, обойти молчаніемъ работу E. Bosio, Della decadenza dei brevetti per mancata attuazione, Torino, 1895,—наиболѣе полно разбирающую детали данной контроверзы. Bosio выставляетъ, какъ принципъ, что „la decadenza del brevetto per difetto d'attuazione presuppone il fatto volontario... cioè la tacita rinuncia al brevetto, o l'intezione (colposa o dolosa) di impedire ai terzi l'uso dell'invenzione“ (стр. 8). Что касается воли мѣшать, то она совпадаетъ съ моею формою активно-отрицательной воли (B). Rinuncia же введена авторомъ неправильно, такъ какъ и итальянскій законъ нигдѣ не говоритъ объ отказѣ (ст. 58, 3°: „... non avrà luogo l'annullamento se l'inazione fu l'effetto di cause independenti dalla volontà di colui“—гдѣ же тутъ

§ 195. В. Съ объективной точки зрѣнія, юридическій анализъ обязательной эксплоатаціи представляетъ менѣе затрудненій.

Такъ, мѣстомъ эксплоатаціи должна быть, очевидно, территорія того государства, которое выдало патентъ [1]). Это положеніе expressis verbis выражено въ большинствѣ законовъ, такъ: Германія (1891 г.), ст. 11, § 1; — Австрія (1897 г.), ст. 27; — Бельгія (1854 г.), ст. 23;—Испанія (1878 г.), ст. 38;—Франція (1844 г.), ст. 32, § 2; — Италія (1859 г.), ст. 58; — Португалія (1892 г.), ст. 38 и т. д. Русское Положеніе въ ст. 24-й также говоритъ «въ Россіи», и тѣмъ уничтожаетъ послѣднюю тѣнь сомнѣнія, существовавшую при режимѣ стараго закона, не упоминавшаго въ ст. 191 о мѣстѣ эксплоатаціи. Впрочемъ, и старый законъ толковался въ томъ же смыслѣ Сенатомъ [2]): «хотя въ ст. 191, т. XI, ч. 2 изд. 1893 г. Уст. о промышл., не содержится прямого указанія, чтобы изобрѣтеніе было приведено въ дѣйствіе именно въ Россіи, тѣмъ не менѣе такое требованіе вытекаетъ изъ общаго смысла закона о привилегіяхъ на изобрѣтенія и усовершенствованія, имѣющаго цѣлью способствовать развитію отечественной промышленности».

Исключеніе изъ приведеннаго общаго правила составляетъ только одинъ законъ, не требующій, чтобы эксплоатація совершалась именно на данной территоріи: Швейцарія (1888 г.), ст. 9, § 3.

Время, когда должна произойти эксплоатація опредѣляется различными законами различно. Старыя за-

---

отказъ?). Вообще, нужно считать, что фикція отказа, какъ и всякая фикція, безполезна и даже вредна (ср. мотивы ит. закона, стр. 67): привилегія иногда прекращается несмотря на то, что изобрѣтатель вовсе отъ нея не отказывался (наоборотъ, онъ желаетъ ее сохранить, дабы мѣшать другимъ: случай 3 и 6). Фикція отказа допустима только постольку, поскольку она совпадаетъ съ указанною мною волею активно-положительною (А). Изъ этого слѣдуетъ, что Bosio упускаетъ изъ виду случаи пассивной воли (5), регулируемые иными правилами, чѣмъ случаи активные.

[1]) Ср. выше, стр. 137.

[2]) По дѣлу Бабкокъ и Вилькоксъ, ср. Право, 1899 г., № 40.

конодательства доходили до минимальнаго срока въ 6 мѣсяцевъ: Пруссія (1814 г.), ст. 6. Въ настоящее время сроки даются, обыкновенно, болѣе длинные:

1 годъ: Бельгія (1854 г.), ст. 23.
2 года: Франція (1844 г.), ст. 32, § 2.
Португалія (1892 г.), ст. 39.
Испанія (1878 г.), ст. 38.
3 года: Германія (1891 г.), ст. 11, § 1.
Австрія (1897 г.), ст. 27.
Данія (1894 г.), ст. 23, § 4.
5 лѣтъ: Россія (1896 г.), ст. 24 *).

Объемъ эксплоатаціи опредѣляется въ различныхъ странахъ различно. Очевидно, что подъ эксплоатаціей можно разумѣть или фабрикацію продукта или же продажу его и употребленіе. Я указывалъ выше (см. стр. 135), что въ Россіи, несмотря на драконовскую механичность нашей практики (или вѣрнѣе: благодаря этой механичности) «начальство» удостовѣряетъ фактъ наличности даннаго предмета на русской территоріи, отнюдь не заботясь о томъ, откуда этотъ предметъ взялся, т.-е гдѣ онъ сфабрикованъ. И въ этомъ нельзя не видѣть мщенія правовыхъ принциповъ за нарушеніе ихъ компетенціи. Практика не желаетъ предоставить судьѣ права установлять юридическій фактъ эксплоатаціи, боясь (?) чтобы «юридическія тонкости» не открыли лазейки для различныхъ «извиненій и оправданій». Администрація сама беретъ на себя заботу «бдить»: и въ результатѣ получается, что ея механическое бдѣніе—рядомъ съ без-

*) Нѣкоторыя иностранныя законодательства упоминаютъ спеціально о пріостановкѣ уже заведенной эксплоатаціи, какъ о мотивѣ къ уничтоженію патента (напр., во Франціи). Наше Положеніе объ этомъ не упоминаетъ, но я думаю, что строгое толкованіе ст. 24-ой, въ связи съ мотивами (см. выше, стр. 136 и 137), должна привести насъ къ выводу, что приведеніе въ дѣйствіе, на которое полагается 5 лѣтъ, не будетъ приведеніемъ въ дѣйствіе серьезнымъ, если это дѣйствіе затѣмъ прекратится и не принесетъ никакой пользы русской промышленности. Слѣдовательно, дѣйствіе должно быть длящимся, непрерывнымъ, или, по крайней мѣрѣ, относительно непрерывнымъ (quaestio facti).

полезною, слѣпою жестокостью (vis major не разсматривается какъ оправданіе!)—принуждено пропускать очевиднѣйшія нарушенія закона. Остается повторить слова нѣмецкихъ «мотивовъ»: администрація безсильна установить юридическій фактъ наличности или неналичности эксплоатаціи.

Въ Россіи, слѣдовательно, всѣ изобрѣтенія, касающіяся продуктовъ, аппаратовъ и приборовъ, могутъ быть, повидимому, приводимы въ дѣйствіе простымъ импортомъ. Только за «способами фабрикаціи» мыслимъ болѣе дѣйствительный административный контроль [1]).

Изъ другихъ государствъ, Италія признаетъ импортъ и продажу за достаточную эксплоатацію [2]). Въ Германіи рѣшеніе контроверзы является вопросомъ факта [3]).

Наконецъ, качество эксплоатаціи, т.-е. вопросъ о томъ, насколько дѣйствительное производство должно точно соотвѣтствовать патентному описанію—есть вопросъ факта. И, слѣдовательно, a priori можно сказать, что русская механичная практика, по данному вопросу, должна оказаться несостоятельною. Въ самомъ дѣлѣ, фабричный инспекторъ можетъ установить, что дѣйствительное производство въ томъ-то и томъ-то отличается отъ патентнаго описанія (напр.: «нагрѣваетъ массу не до 38° С, а до 68° С, а также не всыпаетъ хлористаго натра»); или: что изобрѣтатель эксплоатируетъ только часть своего патента (напримѣръ: «весь аппаратъ, но безъ вентиля»). Какъ должно отвѣтить министерство финансовъ на представленіе такого удостовѣренія? Откажетъ ли оно (механически) въ выдачѣ свидѣтельства о продленіи?—но тогда эта практика поведетъ къ неслыханной жестокости, ибо

---

[1]) См. выше, стр. 137, о томъ, что по моему мнѣнію—приведеніе въ дѣйствіе должно заключаться въ изготовленіи изобрѣтенія и притомъ не единичномъ, а промышленно-организованномъ.

[2]) Milano, 20 января 1890, Recueil, II, стр. 33;—Contra, Bosio, op. cit., стр. 302;—Expressis verbis, Норвегія (1885), ст. 27.

[3]) Reichsgericht, 6 января 1886, Gareis, VI, стр. 286.

нельзя требовать, чтобы эксплоатація производилась до іоты согласно патентному описанію (нельзя запретить дѣлать очевидно-необходимыя улучшенія). Выдастъ ли оно свидѣтельство?—но тогда оно должно установить, что уничтоженіе вентиля *y*, нагрѣваніе до 68^0 а не до 88^0 и невсыпаніе натра составляютъ несущественныя измѣненія изобрѣтенія. А это постановленіе есть актъ не административнаго исполненія, а чисто судейскаго рѣшенія. Министерство не можетъ (не въ состояніи) произносить такіе приговоры: уже потому, что у него нѣтъ соотвѣтствующихъ органовъ.

Этотъ примѣръ еще яснѣе показываетъ, насколько ошибочна исходная точка нашей установившейся практики.

Отсутствіе эксплоатаціи влечетъ за собою прекращеніе патента—см. ниже, глава 5-ая.

II.

§ 196. А. Патентодержатель обязанъ платить пошлины. Это положеніе выработалось въ законахъ не сразу, а послѣ нѣкоторыхъ колебаній. Дѣло въ томъ, что государства, выдававшія патенты по факультативной конструкціи (т.-е. «по особому благоволенію государя»), избѣгали всего того, что сообщало бы выдачѣ патентовъ видъ выгодной продажи монопольныхъ правъ за деньги, какъ она практиковалась въ доброе старое время. Еще Renouard спеціально оговариваетъ въ своей работѣ, что «ce serait mal apprecier le principe de cette taxe, que d'y voir un prix payé à l'état pour l'achat d'un monopole [1])». Соотвѣтственно такимъ воззрѣніямъ, напримѣръ, прусскій публикандумъ 1815 года (ст. 7) expressis verbis оговаривалъ, что съ патентовъ не взимается «никакихъ особыхъ патентныхъ пошлинъ [2])».

---

[1]) Renouard, Traité, стр. 6.

[2]) Изъ другихъ законовъ, приблизительно той же эпохи, упомяну: шведскій законъ 18 декабря 1834 года (о пошлинахъ, вообще, ничего не

Однако, съ постепеннымъ развитіемъ патентныхъ учрежденій и увеличеніемъ количества выдаваемыхъ патентовъ, государства естественно пришли къ мысли о необходимости взимать, въ крайнемъ случаѣ, такія пошлины, которыя покрывали бы расходы, сопряженные съ самой выдачей патента. И распространеніе системы предварительнаго разсмотрѣнія сыграло въ этомъ отношеніи весьма важную роль. Къ чисто пошлинной точкѣ зрѣнія присоединились, съ теченіемъ времени, и нѣкоторыя другія: во взиманіи сборовъ увидѣли, съ одной стороны, способъ уменьшить число заявляемыхъ къ привилегированію изобрѣтеній, а съ другой—средство побудить патентодержателей возможно скорѣе отказываться отъ выданныхъ имъ патентовъ [1]), чтобы избѣгнуть платежа послѣдующихъ взносовъ. Въ концѣ концовъ, незамѣтно пришли и къ сознанію того, что всякая привилегія есть удобный объектъ прямого обложенія (т.-е. къ исходной точкѣ зрѣнія стараго режима). Такимъ образомъ, въ настоящее время, деньги, взимаемыя за привилегіи, представляютъ нѣкоторую, точно не разложимую, совокупность налога и пошлины [2]). Только этою неразложимостью можно объяснить, между прочимъ, то обстоятельство, что за неуплату сборовъ патентодержатель можетъ быть лишенъ всего обложеннаго имущества, независимо отъ цѣнности такового: принципъ, звучащій довольно странно съ точки зрѣнія финансовой политики.

упомянуто);—неаполитанскій законъ 2 марта 1810 года (idem);—Парагвай (по указанію Stolle, стр. 72);—Относительно Сардиніи указанія Stolle (стр. 74) и Blanc et Beaume (стр. 547) расходятся; вторые указываютъ сумму въ 800 фр.

[1]) До закона 1891 года въ Германіи пошлина за первый годъ взималась послѣ выдачи патента, а не до выдачи (какъ это дѣлается у насъ); оказалось, что за 20 лѣтъ дѣйствія закона 1877 года, 4016 патентодержателей не уплатили даже первой годовой пошлины!

[2]) Еще въ 1844 г., при разсмотрѣніи проекта закона, французскій министръ торговли энергично отрицалъ налоговый характеръ патентныхъ сборовъ. Ср. Moniteur officiel, засѣданіе 10 апрѣля 1844, стр. 900.—Въ томъ же смыслѣ Stein, Finanzwissenschaft, 5 Aufl., Leipzig, 1885, стр. 303.

Итакъ, патентные сборы имѣютъ двойственный характеръ пошлины и налога одновременно. Русскій законъ различаетъ взносъ въ тридцать рублей при подачѣ прошенія, «на расходы по разсмотрѣнію прошенія и на публикаціи» (ст. 5), съ одной стороны,—и ежегодныя «пошлины» (Мнѣніе, IV, 1—4). Послѣдній терминъ, очевидно, употребленъ направильно, такъ какъ по существу дѣла нужно было бы говорить о пошлинахъ за разсмотрѣніе прошенія и о налогѣ на право пользоваться привилегіей въ теченіе пятнадцати послѣдовательныхъ лѣтъ.

Полное соотвѣтствіе налоговому характеру патентныхъ сборовъ было бы создано, конечно, лишь въ томъ случаѣ, еслибы эти сборы по размѣрамъ своимъ были приведены въ соотвѣтствіе со значеніемъ привилегированнаго изобрѣтенія, какъ о томъ неоднократно просили заинтересованныя лица [1]). Всѣ попытки въ этомъ направленіи [2]), однако, оказались безсильными бороться противъ основной опасности, грозящей всякой системѣ варіаціонной шкалы: противъ возможнаго произвола административныхъ учрежденій. Оцѣнивать изобрѣтеніе на деньги до его выпуска на рынокъ—почти невозможно. Поэтому, новѣйшія законодательства вводятъ, въ качествѣ палліатива, шкалу, основанную на двухъ принципахъ: постепенной [3]) уплаты прогрессивной [4]) пошлины. Предполагается при этомъ, что изобрѣтенія менѣе важныя уплатятъ меньшее

[1]) Напр., предложеніе Waghorn'a, стр. 71, взимать съ патента 1 шиллингъ + 1/3 чистаго дохода патентодержателя.

[2]) Любопытно въ этомъ отношеніи предложеніе v. Steinbeis'a (Enquête 1877, стр. 32 и 65—67) взимать пошлины соотвѣтственно максимуму платы, за которую изобрѣтатель выразилъ бы желаніе выдавать лиценціи. Steinbeis упускаетъ изъ виду, что лиценціи обыкновенно оплачиваются „поштучно". Бельгійскій законъ 25 января 1817 г., ст. 3: „Les droits à payer pour l'obtention seront proportionnés à la durée du brevet et à l'importance de l'invention ou du perfectionnement, mais ne pourront jamais surpasser la somme de 750 florins, ni être moindres de 150 florins".

[3]) Впервые предложено въ С. Штатахъ, въ 1813 году? (Königs, стр. 72);—критика въ Rapport Dupin, Moniteur Officiel, 7 іюля 1843.

[4]) Впервые въ австрійскомъ законѣ 8 декабря 1820 года.

шее количество пошлинъ, а болѣе важныя—выдержатъ бо́льшую сумму налога; но остается при томъ во всей своей силѣ та несправедливость, что за одинаковое количество денегъ будетъ продолжаться одинаковое количество лѣтъ привилегія и на пуговицу, и на паровую машину. Въ этомъ направленіи, несомнѣнно, есть возможность улучшить дѣйствующее законодательство. Эскизно можно было бы намѣтить предоставленіе патентодержателю права доказывать, по истеченіи 5 или 7 лѣтъ (сполна оплаченныхъ),—что полученныя имъ выгоды не соотвѣтствуютъ размѣру внесенныхъ пошлинъ; въ такомъ случаѣ дальнѣйшее безпошлинное продленіе на нѣсколько лѣтъ казалось бы вполнѣ справедливымъ [1]).

Указанное средство, между прочимъ, радикальнымъ образомъ уменьшило бы постоянныя сѣтованія изобрѣтателей, жалующихся на слишкомъ высоко разсчитанные размѣры пошлинъ. Конечно, налогъ въ 200 р. въ годъ является ничтожнымъ для солидной привилегіи, но онъ обыкновенно превышаетъ силы тѣхъ мелкихъ изобрѣтателей, которымъ имя—легіонъ. Въ результатѣ выходитъ, что компромиссная единая шкала безъ всякой пользы для дѣла давитъ мелкихъ людишекъ, не позволяя, въ то же время, обложить и въ сотой долѣ достаточно—крупные доходы. Съ этой точки зрѣнія всякая единая шкала будетъ имѣть свое слабое мѣсто. Но разъ ужъ принята единая шкала—желательно, чтобы она была возможно болѣе [2]) низка [3]), въ

---

[1]) Вѣдь производится же оцѣнка доходности изобрѣтеній при экспропріаціи.

[2]) Beck, Patentrecht, 1893, стр. 31—37; C. Pieper, Der Schutz der Erfindungen im Deutschen Reich, Berlin, 1877, passim;—онъ же, Zur Reform des Patentgesetzes, Petition an den hohen Reichstag, Berlin, 1890, passim; Lenz справедливо указываетъ, что изобрѣтатель, исполняющій предписанія закона, платитъ „штрафъ“ въ 5,300 марокъ, а контрафакторъ, нарушающій законъ,—„Busse“ въ 5000 м.

[3]) Противъ пошлинъ вообще: v. Gilgenheim, на конгрессѣ 1873 г., стр. 134;—L. Serrel, Uniformity of Patent Laws, a suggested International arrangement for the protection of industrial Property (New-York, 1893?), стр. 2;—Limousin, на конгрессѣ 1878 г., стр. 225 и сл.;—Contra, C. Du-

интересахъ мелкихъ изобрѣтеній, составляющихъ громадное большинство во всякомъ спискѣ выданныхъ патентовъ. Съ этой точки зрѣнія можно справедливо упрекнуть дѣйствующій русскій законъ. По Положенію 1833 года взималось единовременно, до выдачи патента, 90 руб. за трехлѣтній патентъ, 150 руб.—за 5-лѣтній патентъ, 450 р. — за 10-лѣтній [1]); разъ выданный, хотя бы на три года, патентъ не могъ быть продолжаемъ. Эти постановленія вызывали многочисленныя жалобы изобрѣтателей [2])—и новое Положеніе пошло имъ навстрѣчу, разсрочивъ уплату пошлинъ на годовые взносы; однако, размѣръ этихъ взносовъ былъ разсчитанъ такъ, что плата за привилегіи не только не уменьшалась, а еще увеличивалась. Въ самомъ дѣлѣ, за трехлѣтнюю привилегію изобрѣтатель платитъ теперь тѣ же 90 р. (45 р. + 20 р. + 25 р.), за 5 лѣтъ—160 р. (90 р. + 30 р. + 40 р.), а за 10 лѣтъ—цѣлыхъ 660 р. [3]). Проектъ Министерства шелъ еще дальше: онъ установлялъ шкалу, дававшую въ результатѣ, соотвѣтственно, 120 руб.—260 р. и 1,410 р. Уменьшеніе пошлинъ мотивировано въ журналѣ С. Департаментовъ (стр. 7) слѣдующимъ образомъ: «Засимъ, обращаясь къ существу вопроса о предположенныхъ размѣрахъ пошлины за привилегіи, нельзя не замѣтить, что этотъ размѣръ является нѣсколько преувеличеннымъ и превышаетъ

méry, Examen de la loi sur les brevets d'invention, Paris, 1858, chap. IV, passim.

[1]) Св. Зак. т. V, изд. 1893, Уставъ о пошлинахъ, ст. 321.

[2]) Представленіе м. финансовъ, № 5641, стр. 31, 35, 110.

[3]) Въ другихъ государствахъ платится:

Франція	1,500 фр.	за 15 лѣтъ.
Бельгія	1,050 „	„ 20 „
Германія	5,300 мар.	„ 15 „
С. Штаты	20 долл.	„ 17 „
Англія	90 ф. ст.	„ 14 „
Италія	1,440 лиръ	„ 15 „

и. т. д.

Ср. Hardingham, On the relative Cost and Duration of British and Foreign Patents, въ Proceedings of the Institute etc., VIII, стр. 74—93;— Полная и подробная таблица, см. Pr. Ind. XVI, стр. 52—53.

принятый для той же пошлины во всѣхъ иностранныхъ государствахъ, въ коихъ она установлена. Въ особенности тяжелой явилась бы уплата высокой пошлины въ первые годы дѣйствія привилегіи, когда трудно разсчитывать на высокую эксплоатацію. Находя по симъ соображеніямъ необходимымъ опредѣлить пошлину за первое время дѣйствія каждой привилегіи въ болѣе умѣренномъ размѣрѣ и вообще понизить оную, на сколько сіе, по имѣющимся даннымъ, возможно при условіи, чтобы расходы по выдачѣ привилегій не требовали приплатъ изъ общихъ средствъ Государственнаго Казначейства, Департаменты и т. д.». Изъ подчеркнутыхъ словъ можно вывести заключеніе, что законодатель не имѣетъ намѣренія извлекать изъ патентныхъ пошлинъ какого-либо дохода. Поэтому, можно предположить, что въ тотъ моментъ, когда эти пошлины будутъ не только покрывать расходы по выдачѣ привилегій, но еще и давать остатокъ,—онѣ могутъ быть еще понижены.

§ 197. В. Съ юридической точки зрѣнія вопросъ о патентахъ можетъ быть изображенъ такъ. Уплата пошлины можетъ быть произведена всякимъ заинтересованнымъ лицомъ [1]). Практика долгое время колебалась по этому вопросу: въ первые годы послѣ введенія новаго закона Департаментъ Торговли и Мануфактуръ не принималъ квитанцій во взносѣ пошлинъ иначе, какъ отъ самихъ изобрѣтателей, или ихъ повѣренныхъ; но въ настоящее время предоставлено вносить деньги кому угодно, съ тѣмъ, однако, что «свидѣтельства о продленіи» выдаются на руки лишь управомоченнымъ лицамъ. Послѣдняя точка зрѣнія представляется вполнѣ правильною: съ одной стороны, въ виду молчанія закона нѣтъ основаній простирать пра-

[1]) E. s. австрійскій законъ 1897 г., ст. 114; — Kohler, Patentrecht, стр. 196.—Во Франціи была попытка, нынѣ справедливо и единогласно отвергнутая, требовать отъ плательщика послѣдующихъ годовыхъ пошлинъ—представленія квитанціи во взносѣ всѣхъ предыдущихъ; ср. Mainié, II, стр. 8.

вительственную опеку вплоть до того, чтобы не принимать денегъ, уплачиваемыхъ въ доходъ казны, до тѣхъ поръ, пока субъектъ не докажетъ своего «права платить»;—съ другой стороны, въ виду тяжести послѣдствій, грозящихъ за несвоевременную уплату, невозможно пріостанавливать принятіе вносимыхъ пошлинъ вплоть до момента исполненія такихъ формальностей, какъ представленіе довѣренности. Отмѣчу, наконецъ, что даже если бы департаментъ и не сталъ принимать квитанцій во взносѣ пошлинъ, представляемыхъ не уполномоченными на то лицами, то, юридически, это почти никакихъ послѣдствій имѣть не могло бы, такъ какъ—я покажу ниже—привилегія продляется въ тотъ моментъ, когда деньги уплачиваются въ казначейство, а не въ тотъ, когда квитанція о совершенной уплатѣ представляется въ отдѣлъ промышленности. Казначейства же принципіально принимаютъ деньги безъ Befähigungsnachweis'a.

Форма уплаты пошлинъ есть взносъ соотвѣтствующей суммы въ любое губернское казначейство. Этотъ порядокъ можно считать весьма неудобнымъ. Всѣ новѣйшіе законы устанавливаютъ [1]) единство кассы для уплаты пошлинъ, т.-е. требуютъ, чтобы таковыя были внесены въ спеціальный отдѣлъ патентнаго учрежденія.

При русскомъ порядкѣ, какой бы то ни было контроль за уплаченными пошлинами является почти невозможнымъ и во всякомъ случаѣ чрезвычайно опаздывающимъ. Въ самомъ дѣлѣ, отдѣльныя казначейства чрезвычайно медленно разсылаютъ талоны квитанцій по подлежащимъ учрежденіямъ. Поэтому, Отдѣлу остается обращаться за содѣйствіемъ къ частнымъ лицамъ, которыя, какъ бы добровольно, доставляютъ ему справки о сдѣланныхъ ими взносахъ (въ формѣ представленія квитанцій). Естественнымъ слѣдствіемъ та-

[1]) Нѣмецкій 1891 г., ст. 8;—австрійскій, 1897, ст. 114;—англійскія патентныя правила 1890 г., ched. J.

кого порядка дѣла является полнѣйшая неопредѣленность правъ частныхъ лицъ. Если патентодержатель уплатитъ слѣдуемую пошлину впередъ за n-ный годъ дѣйствія привилегіи, то онъ, по точному смыслу ст. IV, 2⁰ закона 20 мая 1896 г., не обязанъ сообщать о томъ отдѣлу: привилегія его, все равно, продляется на таковой n-ный годъ. Между тѣмъ, согласно ст. 29 положенія, отдѣлъ производитъ публикаціи о тѣхъ привилегіяхъ, которыя онъ считаетъ прекратившимися за непредставленіемъ ему о томъ патентодержателями свѣдѣній. Публикація эта конститутивнаго значенія, конечно, не имѣетъ [1]). Однако, совершеніе ея, въ случаѣ если пошлина была уплачена своевременно, можетъ создать много неудобствъ патентодержателю: конечно, изобрѣтатель будетъ требовать признанія ея недѣйствительною [2]), такъ какъ онъ не виноватъ въ томъ, что Департаментъ Торговли не знаетъ, что̀ дѣлается въ другомъ учрежденіи того же Министерства; однако, самый фактъ появленія, хотя бы и ошибочной, публикаціи—можетъ до крайности усложнить отношенія патентодержателя, напримѣръ, къ третьимъ лицамъ. Поэтому, большинство изобрѣтателей обыкновенно извѣщаетъ отдѣлъ о совершенныхъ взносахъ, хотя бы они могли этого и не дѣлать.

Въ результатѣ получается, съ одной стороны, неопредѣленность правъ, такъ какъ отдѣлъ никогда не можетъ съ увѣренностью сказать, что данная привилегія, дѣйствительно, прекратилась за невзносъ пошлины. Съ другой же стороны—страшное запаздываніе публикацій о прекращеніи: отдѣлъ принужденъ или выжидать, не соблаговолитъ ли патентодержатель выслать квитанцію во взносѣ 15 рублей въ Квантунское мѣстное казначейство,—или же запрашивать всѣ казначейства Россійской Имперіи, не уплачено ли за 3-й годъ дѣйствія привилегіи № 1081. При обычныхъ поряд-

[1]) См. ниже, глава 5, §§ 199 и сл.

[2]) Итальянская инструкція 31 января 1864 года спеціально предусматриваетъ процедуру исправленія подобныхъ объявленій (ст. 86).

кахъ бумажнаго дѣлопроизводства на всѣ эти выжиданія и справки уходитъ колоссальное количество времени. И мы читаемъ, напримѣръ, въ «Правительственномъ Вѣстникѣ» 10 іюня 1900 г. о прекращеніи привилегіи № 1069, срокъ которой истекъ 12 августа 1899 г., т.-е. съ опозданіемъ на 10 мѣсяцевъ; или 20 сентября 1900 г. о привилегіи № 1244, съ опозданіемъ на 1 годъ и 5 дней и т. д. Если подумать, что иной заводчикъ задерживаетъ введеніе новаго производства до тѣхъ поръ, пока появится публикація о прекращеніи соотвѣтствующей привилегіи, то можно представить себѣ, съ какими убытками для народнаго хозяйства сопряжено опозданіе публикаціи даже на мѣсяцъ.

И всѣ перечисленныя неудобства могутъ быть устранены простымъ средствомъ: устройствомъ при комитетѣ такой кассы, въ которую бы обязательно стекались всѣ уплаты пошлинъ. Въ виду громадныхъ россійскихъ разстояній, было бы справедливо признать моментомъ уплаты пошлины—день подачи соотвѣтствующаго денежнаго письма или перевода въ мѣстномъ почтовомъ учрежденіи [1]): это продолжило бы неопредѣленность на мѣсячный срокъ, необходимый для доставленія въ комитетъ почты изъ самаго отдаленнаго пункта имперіи. Но за то, при указанномъ порядкѣ, съ момента полученія почты, отправленной 1-го мая, скажемъ, изъ Портъ-Артура—комитетъ могъ бы съ абсолютною точностью опредѣлять юридическое положеніе всѣхъ привилегій, коимъ срокъ платежа истекалъ въ этотъ день [2]).

---

[1]) Contra, C. Lieber, Das deutsche Patentgesetz etc., Berlin, 1892, стр. 66.

[2]) Другая комбинація: дозволить патентодержателямъ вносить пошлины по прежнему въ казначейства, но обязать ихъ подъ страхомъ уничтоженія привилегіи (conditio sine qua non!) представлять квитанціи въ комитетъ. Притомъ, мыслимы двѣ комбинаціи исчисленія сроковъ: обязать представленіемъ квитанцій въ общій годовой срокъ (т.-е. заставить дѣлать уплату нѣсколько раньше, въ зависимости отъ разстоянія отъ Спб.) или дать добавочный срокъ, какъ было въ уст. пром., ст. 191. Всѣ эти комби-

Срокъ уплаты пошлинъ опредѣленъ въ ст. 2, IV закона. Первая годовая пошлина уплачивается не позже трехъ мѣсяцевъ со дня вручения просителю объявленія отдѣла, извѣщающаго о разрѣшеніи выдать просителю привилегію. Послѣдующія пошлины уплачиваются впередъ за каждый годъ дѣйствія привилегіи, считая со дня ея подписанія министромъ. Исчисленіе этихъ сроковъ происходитъ на основаніи обще-гражданскихъ правилъ. За послѣднее время оказалось прекращенными много привилегій, за которыя не была уплачена пошлина по оплошности. Для того, чтобы дать нѣкоторое удовлетвореніе изобрѣтателямъ, жаловавшимся на черезчуръ рѣзкую прямолинейность Положенія 1896 г., былъ изданъ законъ 10 іюня 1900 г. [1]) объ отсрочкахъ. Этимъ актомъ приняты во вниманіе «слабость человѣческой души» и дозволено вносить пошлины не свыше трехъ мѣсяцевъ послѣ срока [2]) съ уплатою соотвѣтственной пени [3]). Аналогичныя постановленія

націи усложнили бы обязанности патентодержателя: не только уплати, но еще и представь.

[1]) Мотивы этого закона, изложенные въ представленіи министра финансовъ 4-го апрѣля 1900 г., № 11689, содержатъ одинъ аргументъ, который можетъ быть принятъ только съ величайшими оговорками: „Нынѣ дѣйствующее положеніе о привилегіяхъ на изобрѣтенія и усовершенствованія, въ отличіе отъ прежняго, предоставляетъ усмотрѣнію изобрѣтателя устанавливать срокъ дѣйствія выданной ему привилегіи, въ предѣлахъ отъ 1 до 15 лѣтъ, и посему только намѣренная неуплата пошлины равносильна отказу изобрѣтателя отъ своихъ правъ, послѣдствіемъ чего является предоставленіе изобрѣтенія въ общественное пользованіе“. Подчеркнутыя слова содержатъ очевидную ошибку.

[2]) Еще Jobard (II, стр. 291) негодовалъ, что „il n'y a ni appel, ni grâce pour les inventeurs, tandis que l'on accorde cette faveur aux plus grands scélérats“.

[3]) Относительно мелочей интерпретаціи этого довольно неудачнаго закона отмѣчу слѣдующіе пункты:

1) По точному смыслу закона онъ не распространяется на запоздалую уплату пошлины по дополнительнымъ привилегіямъ (ст. 4, IV Мнѣнія); очевидный недосмотръ!

2) Пени выражены въ процентахъ и для дальнѣйшихъ мѣсяцевъ суммируются, что легко упустить изъ вида при бѣгломъ чтеніи закона; за третій мѣсяцъ пеня равна 50% суммы. Г. Катковъ (op. cit., стр. 80, прим.) выписываетъ соотвѣтствующій отрывокъ изъ моей брошюры и затѣмъ прибавляетъ: „я не знаю, на чемъ основано такое толкованіе, но, вѣроятно,

существуютъ и въ большинствѣ иностранныхъ законовъ [1]). Отмѣчу, что только въ англійскомъ законѣ я нашелъ [2]) постановленіе, оберегающее права третьихъ лицъ, дѣйствовавшихъ вопреки привилегіи въ промежутокъ времени послѣ истеченія основного срока, но до уплаты пошлины въ дополнительный срокъ, съ пенею.

Въ случаѣ удостовѣренной бѣдности, изобрѣтатель можетъ быть освобожденъ отъ уплаты пошлины [3]) министромъ финансовъ. Впрочемъ, эта мѣра распро-

---

оно выражаетъ собою не личный взглядъ Ал. Пиленко, а пониманіе закона Комитетомъ". По этому поводу позволю себѣ сказать, что подлинный текстъ закона гласитъ: „При просрочкѣ взноса въ государственное казначейство пошлины, указанной въ ст. 1 и 2 отд. IV Выс. утв., 20 мая 1896 г., мн. Гос. Сов. (собр. узак., ст. 798), взимается пеня въ размѣрѣ десяти процентовъ съ причитающейся пошлины за первый, пятнадцати процентовъ—за второй и двадцати пяти процентовъ — за третій просроченный мѣсяцъ, при чемъ части мѣсяца считаются за полный мѣсяцъ. Просрочка взноса пошлины долѣе трехъ мѣсяцевъ не допускается". Для того чтобы отрицать суммированіе пришлось бы утверждать, что законъ говоритъ, что при просрочкѣ и т. д. взимается 10% по истеченіи перваго мѣсяца, 25%—по истеченіи второго мѣсяца и т. д. Предлагаю г. Каткову подставить въ текстъ закона на мѣсто 15-ти и 25-ти %%—число „10%" и затѣмъ прочитать внимательно текстъ закона. Тогда будетъ ясно, что %% именно суммируются. Ну и конечно, величина поставленныхъ чиселъ не можетъ вліять на толкованіе закона.

3) Quid, если пошлина уплачена съ просрочкой, но безъ пени? Мыслимы два отвѣта: а) размѣръ пени, которую бы пожелалъ доплатить патентодержатель, долженъ соотвѣтствовать по размѣрамъ тому сроку, когда платится пеня, а не когда уплачена была пошлина; примѣръ: срокъ 1 января, пошлина внесена 15-го января; патентодержатель можетъ довнести до 1-го февраля пеню въ 10%, до 1-го марта—въ 25%, до перваго апрѣля—въ 50%; въ противномъ случаѣ привилегія прекращается. б) Пеня соотвѣтствуетъ сроку уплаты пошлины, но взыскивается принудительно. Допустить третье рѣшеніе (пеня соотвѣтствуетъ сроку пошлины, но уплачивается по желанію)—невозможно, ибо оно дало бы возможность патентодержателямъ оттягивать взносъ пени и создавать неопредѣленность правъ.

[1]) Ср. Stenographische Berichte über die Verhandlungen der Enquete etc., Berlin, 1887, вопросъ XVI;—J. Fayollet, De la déchéance pour défaut de payement de taxe, докладъ конгрессу 1900,—подробное перечисленіе соотвѣтствующихъ законовъ всѣхъ странъ до Африканской республики включительно. Fayollet не зналъ еще объ изданіи закона 10 іюня 1900 г.

Въ Даніи патентодержателей предупреждаютъ заказнымъ письмомъ о наступленіи сроковъ платежа.

[2]) Section XVII.

[3]) Мнѣніе, IV, 3.

страняется лишь на русскихъ подданныхъ [1]). Освобожденіе отъ платы предоставлено всецѣло на благоусмотрѣніе министра, и въ виду текста закона («предоставляется») — никакое обжалованіе его рѣшенія невозможно [2]). Въ иностранныхъ законодательствахъ мнѣ неизвѣстно примѣровъ полнаго освобожденія отъ платы, но отсрочка части ея до извѣстнаго срока встрѣчается, напримѣръ, въ германскомъ законѣ [3]) и въ австрійскомъ [4]); въ послѣднемъ съ трогательною оговоркою: «...отсрочивается людямъ нуждающимся и рабочимъ, не имѣющимъ доходовъ, кромѣ заработной платы».

Незаслуженно много споровъ было поднято вокругъ пустой, въ сущности, контроверзы: можно ли уплачивать пошлины за нѣсколько лѣтъ впередъ? Смотря на дѣло просто, приходится сказать, что возможность уплатить впередъ хотя бы за весь срокъ дѣйствія привилегіи можетъ иногда представлять значительное удобство для патентодержателя (выдача многолѣтней лиценціи!); государство же не имѣетъ особыхъ основаній затруднять пріемъ денегъ, уплачиваемыхъ въ доходъ казны. Поэтому, уплата впередъ за нѣсколько лѣтъ должна быть допускаема. Черезчуръ же тонкія опасенія [5]) о томъ, что подобное дозволеніе можетъ расходиться съ цѣлью, преслѣдуемою системой аннуитетовъ (=косвенное понужденіе отказываться отъ мало выгодныхъ привилегій),—опровергаются, во-первыхъ, самою жизнью, которая показываетъ очень малое количество взносовъ за много лѣтъ сразу (проценты съ капитала теряются!), а, во-вторыхъ, могутъ быть еще ослаблены постановленіями объ обязательномъ возвратѣ всѣхъ

---

[1]) Какъ не судебная пошлина, она не подлежитъ дѣйствію Гаагской конвенціи.

[2]) Мелочи, см. мои Привилегіи на изобрѣтенія, стр. 48.

[3]) Ст. 8, 4°.

[4]) Ст. 114, 9°.

[5]) Напр., Siemens, въ анкетѣ 1877 года, см. Verlauf und Ergebnisse etc., стр. 60—73;—еще большія тонкости у Kohler'a, Patentrecht, стр. 201;—ср. Dambach, Patentgesetz, 1877, ст. 30;—Klostermann, Patentgesetz, 1877, стр. 172.

не-срочныхъ платежей, если бы впослѣдствіи изобрѣтатель одумался и захотѣлъ раньше отказаться отъ своей привилегіи [1]). Въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ постановленія, запрещающаго взносъ за нѣсколько лѣтъ впередъ, не имѣется—и поэтому можно признать такой взносъ дозволеннымъ [2]). Отмѣчу, однако, что въ виду ст. 2, IV' мнѣнія (in fine), никакой возвратъ немыслимъ. Австрійскій и германскій законы [3]) предусматриваютъ и уплату впередъ, и возвратъ, въ трехъ случаяхъ [4]): отказъ, прекращеніе и уничтоженіе привилегіи [5]).

Неуплата пошлины влечетъ за собою прекращеніе привилегіи, см. глава 5-ая.

III.

§ 198. Кромѣ изображенныхъ двухъ главныхъ обязанностей патентодержателя, иностраннымъ законода-

---

[1]) На анкетѣ 1887 (Berichte, стр. 137) предложенъ былъ XVII вопросъ: „дозволить ли уплату впередъ, безъ эвентуальнаго возврата пошлинъ?“ Комиссія выразила желаніе, чтобы такая уплата была дозволена, но съ возвратомъ въ случаяхъ отказа. — E. s. Frey, въ Erfindungschutz, Protokoll über die Sitzungen der Expertenkommission etc., Berne, 1887, ср. 27.

[2]) Отмѣтимъ исторію примѣчанія 1-го ст. 8, проектъ III. Статья эта гласила: „Означенная въ сей статьѣ пошлина за пользованіе привилегіей можетъ быть вносима, по желанію просителей, и за нѣсколько лѣтъ впередъ“. Примѣчаніе это было выкинуто Государственнымъ Совѣтомъ, какъ „не вызываемое практическою необходимостью“.

Означаетъ ли это запрещеніе вносить впередъ, если бы практическая необходимость оказалась на-лицо?

[3]) Ст. 114, § 10 и ст. 8, § 5.

[4]) Французскій законъ (ст. 20, § 2) даже требуетъ полной уплаты всѣхъ пошлинъ при продажѣ патента; „ein echt französisches Gewaltmittel“ (Kohler, 203).—Польза такого постановленія весьма сомнительна. Трудности, которыя вызываетъ его примѣненіе, см. Mainié, I, стр. 564—567, также Pataille, Ann., XI, стр. 411 и XIII, стр. 29.—Въ пользу этого постановленія Dupin въ Moniteur officiel, 1844, стр. 969 и, въ послѣднее время, Ceresole, Etude générale de la loi fédérale etc., Lausanne, 1890, стр. 49.—Contra, Honzeau-Muiron, Moniteur officiel, 1844, стр. 689—Darras въ Dictionnaire d'économie politique, стр. 661 и друг.

Швейцарскій законъ 1886 г. дозволяетъ возвратъ пошлинъ лишь въ одномъ случаѣ,—добровольнаго отказа (ст. 8, § 3 и 9, § 1).—Idem датскій законъ 1894 г., ст. 7, § 2.

[5]) §§ 196 и 197 были напечатаны въ „Правѣ“, 1902 г., № 14.

тельствамъ извѣстна еще третья: принудительныя лиценціи [1]). Русскому Положенію эта обязанность неизвѣстна; но въ виду того, что уже раздаются голоса за введеніе института принудительныхъ лиценцій въ наше право,—позволительно подвергнуть его здѣсь нѣсколько болѣе детальному анализу.

Подъ принудительными лиценціями разумѣются такія лиценціи [2]), которыя выдаются патентодержателемъ не добровольно, а въ силу воздѣйствія, оказываемаго на него закономъ. Воздѣйствіе это можетъ проявляться въ формѣ прямого или косвеннаго понужденія. Въ первомъ случаѣ, законъ непосредственно устанавливаетъ, какое официальное учрежденіе и въ какихъ случаяхъ можетъ выдать третьему лицу лиценцію помимо воли патентодержателя; это учрежденіе устанавливаетъ также и размѣръ подлежащей уплатѣ преміи, по справедливому усмотрѣнію [3]). Во второмъ случаѣ законъ понуждаетъ патентодержателя выдавать лиценціи тѣмъ, что устанавливаетъ для него невыгодныя послѣдствія (и въ частности: прекращеніе патента) на случай упорства [4]). Затѣмъ, принудительныя лиценціи могутъ быть установлены въ болѣе или менѣе условной формѣ: такъ, въ Австріи выдачи принудительной лиценціи можно требовать лишь для собственнаго промышленнаго заведенія [5]); въ Германіи и Австріи принудительныя лиценціи могутъ быть требуемы только въ томъ случаѣ, если выдача ихъ является необходимою въ общественномъ интересѣ [6]); въ Люксембургѣ [7]), Германіи

[1]) Ellis, „On Compulsory Licences", въ Proceedings, X, стр. 145—176;—H. Mittler jun., Beiträge zur Theorie des Patentrechts, 1894, стр. 81—103;—Verlauf und Ergebnisse etc., 1877, стр. 19—36;—Gutachten über die vom K. K. Handelsministerium veröffentlichen Entwürfe etc., 1894, стр. 137—142;—Congrès 1878 г., стр. 250—256;—Der Erfinderschutz, 1873, стр. 139 и сл.

[2]) См. выше, § 171 и сл.; въ частности, § 173.

[3]) Напримѣръ, англійскій законъ 1883 г., ст. 22.

[4]) Напримѣръ, нѣмецкій законъ 1891 г., ст. 11, 2°;—австрійскій законъ 1897 г., ст. 21, 3—5°.

[5]) Ibidem.

[6]) Ibidem.

[7]) Законъ 1880 г., ст. 18, 2°.

и Австріи требовать выдачи принудительной лиценціи можно не раньше, какъ по истеченіи трехъ лѣтъ со дня выдачи патента, и т. д.

Обсуждая вопросъ съ точки зрѣнія legis ferendae, нельзя не признать, что значеніе института принудительныхъ лиценцій было, въ недалекомъ еще прошломъ, значительно преувеличиваемо. На конгрессѣ 1873 г. его изображали чуть что не какъ панацею противъ всѣхъ золъ, сопряженныхъ съ существованіемъ привилегій на изобрѣтенія: возникновенію [1]) идеи принудительныхъ лиценцій приписывали, какъ результатъ, даже прекращеніе всего анти-патентнаго движенія [2]). Практика показала, что это увлеченіе было обоснованнымъ лишь отчасти.

Конечно, принудительныя лиценціи могутъ быть иногда полезными. «Патентъ не долженъ быть употребляемъ такъ, чтобы общія условія производства и конкурренціи были совершенно искажены»—говорятъ мотивы нѣмецкаго закона 1877 г. «Если изобрѣтеніе можетъ производить серьезное вліяніе на условія производства даннаго продукта», то патентъ не долженъ давать его держателю возможность создать себѣ безраздѣльную монополію, цѣною полнаго потрясенія и даже уничтоженія всѣхъ конкуррирующихъ предпріятій. Дѣло, однако, заключается въ томъ, что изобрѣтенія указаннаго рода чрезвычайно рѣдки и что еще болѣе рѣдки случаи выдачи на эти изобрѣтенія такихъ патентовъ, которые были бы достаточно широкими для того, чтобы дѣй-

[1]) Кстати: обыкновенно считаютъ, что принудительныя лиценціи выдумалъ Rathkowsky (см. томъ I, стр. 126, пр. 3). Между тѣмъ, уже въ 1853 году берлинскій президентъ полиціи требовалъ установленія „eines Preises für welchen jeder Erfinder die Benutzung der Erfindung zu gestatten habe“ (Handels-Archiv, 1854, Th. II, стр. 198).—А въ 1864 году Th. Webster трактуетъ о Compulsory licences, какъ о весьма обыденной и старой идеѣ (см. Transactions of the national association for the promotion of social science, 1864, стр. 664).

[2]) См. томъ I, стр. 126 прим. 3.—Значительно преувеличиваетъ практическое значеніе принудительныхъ лиценцій также и г. Катковъ, op. cit., стр. 221.

ствительно создать нестерпимую монополію. Достаточно даже поверхностнаго знакомства съ практикой патентнаго дѣла для того, чтобы признать правильнымъ слѣдующій парадоксъ: при изобрѣтеніяхъ, относящихся къ категоріи epochemachend, обыкновенно удается запатентовать очень небольшую ихъ часть. Дѣло въ томъ, что исключительно-важныя изобрѣтенія только въ романахъ дѣлаются вполнѣ самостоятельно: на практикѣ же даже такая оригинальная мысль, какъ устройство пневматической шины, оказалось предвосхищенною какимъ то изобрѣтателемъ, въ началѣ XIX вѣка предлагавшимъ обивать колеса надутыми воздухомъ кожаными трубами. Поэтому абсолютно-монополизаціонные патенты очень рѣдки *).

Для остальныхъ же патентовъ являлась бы невозможность доказать наличность того общественнаго интереса, безъ коего немыслима выдача принудительной лиценціи.

Этими соображеніями нужно, очевидно, объяснять, почему, съ одной стороны, страны съ такимъ развитымъ патентнымъ правомъ, какъ С. Штаты, обходятся безъ института принудительныхъ лиценцій,—и почему, съ другой стороны, въ странахъ, узаконившихъ этотъ институтъ, такъ безконечно рѣдки случаи примѣненія его на практикѣ. По свидѣтельству Robolski [1]), писавшаго въ 1890 году, въ Германіи, къ этому времени, не было ни одного случая предъявленія иска о прекращеніи патента за невыдачу принудительныхъ лиценцій. То же самое явленіе наблюдалось и въ Англіи. Мы имѣемъ свидѣтельство Johnson'a [2]), что въ теченіе первыхъ девяти лѣтъ дѣйствія закона 1883 г. не было

*) Еслибы удалось разрѣшить задачу управляемаго снаряда для летанія по воздуху, то, вѣроятно, всякая изъ его частей, въ отдѣльности, оказалась бы совпадающею съ какимъ-нибудь антеріоритетомъ: патентъ пришлось бы выдать по комбинаціонному типу. А всякому извѣстно, какъ мало защиты, въ сущности, даютъ патенты этой категоріи.

[1]) H. Robolski, Theorie und Praxis etc., 1890, стр. 182.

[2]) J. & H. Johnson, The Patentees Manual, London, 1890, стр. 226.—E.s. Ellis, op. cit., стр. 153.

выдано ни одной принудительной лицензіи. Насколько мнѣ извѣстно, слѣдующія девять лѣтъ также не внесли существеннаго измѣненія въ положеніе дѣла.

De lege ferenda можно отмѣтить, что введеніе института принудительныхъ лицензій могло бы явиться въ Россіи цѣлесообразною замѣною института принудительной эксплоатаціи, которая, очевидно, отжила свой вѣкъ [1]). Въ общемъ же необходимо признать, что всякое использованіе патентованнаго изобрѣтенія опредѣляется экономическими законами спроса и предложенія и, повидимому, не можетъ быть серьезно развито мѣрами внѣшняго принужденія. Поэтому, я позволяю себѣ отнестить къ разобранному институту не менѣе отрицательно, чѣмъ къ обязательной эксплоатаціи *).

[1]) См. выше, стр. 131.

*) Французскій законъ 1844 г. знаетъ еще одну тяжелую обязанность, возлагаемую на патентодержателей: по ст. 32, п. 3 этого закона, изобрѣтатель лишается своего патента, если онъ ввозитъ во Францію продукты, изготовленные заграницей и существенно схожіе съ патентованными. Постановленіе это, въ настоящее время, значительно ослаблено вліяніемъ, оказываемымъ статьею 5-ю конвенціи 1883 года (см. томъ I, стр. 222). Въ принципѣ же, оно признается излишне-жестокимъ даже самими французами. Такъ, на конференціи 1880 г. (Actes, стр. 57) Bozérian высказался, что онъ „considère cette disposition de la loi française comme barbare et, de plus, comme absolument inutile. Elle a été insérée dans la loi pour protéger l'industrie nationale; mais elle ne répond pas à ce but, et elle est de nature à porter de sérieux préjudices au commerce, sans aucun intérêt pour l'industrie". Безполезность приведеннаго постановленія, съ точки зрѣнія интересовъ мѣстной промышленности, особенно ярко изображена въ статьѣ Assi et Gènes, „La Convention de 1883 pour la protection de la propriété industrielle" (Revue de droit commercial etc., 1886, стр. 93), гдѣ они, между прочимъ, говорятъ: „Pour déterminer si l'art. 32 est bon ou mauvais, il ne s'agit donc pas de savoir s'il y a intérêt à empêcher l'introduction, puisqu'il ne permet pas de l'empêcher, mais de savoir s'il y a avantage à ce qu'un produit donné entre en France comme chose non brevetée... Si on laisse le breveté introduire, sans le frapper pour cela de déchéance, il vendra ses produits à peu près au prix du marché français... Que l'on prononce au contraire la déchéance, la situation change. Tous les concurrents français de l'ex-breveté ayant désormais le droit de vendre exactement le même produit que lui, pour les écarter, il réduira ses tarifs, et cela au besoin jusqu'à l'extrême limite permise par son bas prix de revient. Ceux-ci n'auront d'autre moyen pour lutter que de s'adresser à leur tour à la fabrication étrangère". Ср. Kohler, Patentrecht, стр. 224.

ГЛАВА IV.

Нарушеніе правъ изъ патента (патентная контрафакція).

I. Субъектъ нарушенія. § 199. Неуправомоченное лицо. § 200. Нарушеніе договорныхъ отношеній частично-управомоченными лицами. § 201. Соучастіе.

II. Объектъ нарушенія. § 202. Постановка вопроса. § 203. Законъ равныхъ разстояній.

III. Преступное дѣяніе A. Съ внутренней стороны. § 204. Умыселъ и неосторожность. § 205. Опредѣленіе понятія завѣдомости.

IV. Преступное дѣяніе. B. Съ внѣшней стороны. § 206. По мѣсту совершенія. § 207. Локализація распространенія. § 208. По времени совершенія. § 209. По характеру дѣятельности. Употребленіе изобрѣтенія въ сферѣ личной жизни.

V. Подсудность. § 210. Общія начала. § 211. Преслѣдованіе.

VI. Санкція. § 212. Штрафъ. Возмѣщеніе убытковъ. § 213. Выводы.

I.

§ 199. Нарушеніе правъ патентодержателя регулируется у насъ бланкетною ст. 1353-ею Улож. о наказаніяхъ, гласящею:

«Кто нарушитъ чью-либо привилегію на изобрѣтеніе, тотъ, сверхъ вознагражденія привилегированнаго за понесенные имъ убытки, подвергается: денежному взысканію отъ ста до трехсотъ рублей» [1]).

[1]) Проектъ уголовнаго Уложенія (1895 г.), ст. 522: „Виновный въ самовольномъ и противозаконномъ осуществленіи чужой выданной въ установленномъ порядкѣ привилегіи на изобрѣтеніе . . . наказывается арестомъ или денежною платою не свыше 500 рублей“.

Редакція этой статьи далеко не безупречна: A) слово „противозаконномъ“ является или излишнимъ, или непонятнымъ; B) деликтъ заключается

Субъектомъ дѣянія, предусмотрѣннаго ст. 1353-ею, можетъ быть всякое третье лицо[1]), дѣйствующее безъ разрѣшенія патентодержателя. Слѣдовательно, прежде всего, контрафакторомъ безусловно можетъ быть тотъ, кто самъ сдѣлалъ данное изобрѣтеніе; и, въ частности, въ двухъ случаяхъ: 1) какъ въ томъ, когда патентодержатель заявилъ изобрѣтеніе имъ самимъ самостоятельно сдѣланное и лишь случайно совпавшее съ тѣмъ, которое было также самостоятельно сдѣлано обвиняемымъ (параллельное творчество), и 2) также и въ томъ, когда патентодержатель позаимствовалъ—въ той или другой (даже нечестной)—формѣ у обвиняемаго сдѣланное этимъ послѣднимъ изобрѣтеніе.

Ad 1. Какъ мною указано было выше[2]), русское право содержитъ существенный пробѣлъ по вопросу о защитѣ интересовъ параллельныхъ изобрѣтателей. Въ Германіи они защищены ст. 5-ю закона 1891 года, дозволяющею третьимъ лицамъ продолжать ту эксплоатацію, которая была ими начата до заявки параллельнаго изобрѣтателя[3]) (Vorbenutzung). У насъ законъ не содержитъ никакихъ аналогичныхъ постановленій, и строгая редакція ст. 22-й Положенія не дозволитъ судамъ—напримѣръ путемъ интерпретаціи – допустить послабленія для тѣхъ промышленниковъ, которымъ чужой патентъ будетъ падать какъ снѣгъ на голову: имъ

въ „осуществленіи“ не „чужой привилегіи“, а въ осуществленіи изобрѣтенія, покрытаго чужой привилегіей; привилегія есть право запрещенія; осуществлять право запрещенія — значитъ запрещать другимъ лицамъ изготовленіе даннаго изобрѣтенія; между тѣмъ, это дѣяніе составляетъ не то, что называется контрафакціей, а, въ крайнемъ случаѣ, обманное утвержденіе о наличности гражданскаго права.

[1]) Въ томъ числѣ, и лица, не принадлежащія къ торговому званію; ср. Н. Неклюдовъ, Руководство, II, 1876 г., стр. 742.

[2]) См. томъ I, § 107.

[3]) „Die Wirkung des Patents tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Derselbe ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen“. Ср. ст. 9 австрійскаго закона 1897 года.

придется прекращать даже давно налаженныя производства, поскольку эти послѣднія будутъ коллидировать съ чужимъ патентомъ. Единственнымъ путемъ защиты для такого пользованія, восходящаго ранѣе чужой заявки,—является искъ объ уничтоженіи патента (ст. 29, п. 4) въ виду недостатка новизны. Однако, и эта защита является значительно стѣсненною въ своемъ дѣйствіи въ виду того, что: a) она можетъ быть пущена въ ходъ лишь въ теченіе первыхъ двухъ лѣтъ со дня выдачи патента (ср. ст. 26 и выше, § 149), и b) она оказывается недѣйствительною, если предварительная эксплоатація обвиняемаго содержалась въ тайнѣ (см. томъ I, § 107: «тайное приведеніе въ исполненіе (третьихъ лицъ) не должно считаться препятствіемъ къ выдачѣ патента»).

Особенно затруднительнымъ можетъ показаться—на первый взглядъ—разбираемый казусъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ будетъ осложненъ фактомъ появленія двухъ патентовъ: и у преслѣдующаго, и у преслѣдуемаго. Дѣло въ томъ, что патентъ можетъ быть выданъ Комитетомъ, по ошибкѣ, дважды на одно и то же или на два приблизительно одинаковыхъ изобрѣтенія. Въ этомъ случаѣ обвиняемый (R) противопоставитъ патенту обвинителя (A) собственный патентъ, какъ бы санкціонирующій его (обвиняемаго) право изготовлять данный продуктъ. Несмотря на всю странность этого положенія, оно должно быть рѣшено совершенно послѣдовательнымъ примѣненіемъ указаннаго выше (см. стр. 169) правила: такъ какъ обвиняемый R не является правопреемникомъ лица A, возбудившаго преслѣдованіе, то онъ и подлежитъ [1]) дѣйствію ст. 1353-ей Уложенія [2]).—На первый взглядъ ка-

[1]) „When there is more than one patent for the same invention, anything done under one of those of subsequent date is an infringement of that which bears the earlist date“; Saxby v. Hennett (1873), Frost, op. cit., стр. 466.

[2]) Изложенное въ текстѣ положеніе должно быть поставлено въ связь съ ученіемъ о зависимости (§§ 204—205). На практикѣ R можетъ оказаться, въ большинствѣ случаевъ, не виновнымъ, въ виду error facti.

залось бы, что такое рѣшеніе содержитъ въ себѣ внутреннее противорѣчіе: вѣдь R также, молъ, можетъ, со своей стороны, возбудить обвиненіе противъ A, основываясь на своемъ (R'a) патентѣ. Однако, я думаю, что противорѣчіе это является лишь кажущимся: по строгой логикѣ, въ послѣднемъ процессѣ A долженъ быть обвиненъ по ст. 1353-ей; но на практикѣ до этого дѣло никогда не дойдетъ, ибо въ одномъ изъ двухъ процессовъ необходимо будетъ возбужденъ вопросъ о дѣйствительности патентовъ, каковой вопросъ и приведетъ неминуемо къ уничтоженію одного изъ нихъ [1]).

Такимъ образомъ, ссылка на собственный патентъ не можетъ быть репликой въ процессѣ о контрафакціи: обвиняемый можетъ защищаться лишь путемъ активнаго нападенія (хотя бы и въ формѣ экспедиціи) на патентъ обвинителя [2]). Этотъ тезисъ имѣетъ важное конструктивное значеніе (см. послѣсловіе, IV).

Ad 2. Послѣдовательное развитіе указаннаго выше (стр. 169) принципа приводитъ къ тому вопросу, что патентодержатель, онъ же и похититель изобрѣтенія, можетъ добиться обвиненія въ контрафакціи изобрѣтателя, не имѣющаго патента и имъ же ограбленнаго. Въ этомъ печальномъ случаѣ, непатентованный изобрѣтатель можетъ защищаться также лишь путемъ иска объ уничтоженіи патента, выданнаго похитителю, въ тѣхъ узкихъ границахъ, которыя поставлены такого рода искамъ Положеніемъ [3]).

Въ данную же группу долженъ быть отнесенъ слу-

---

[1]) Котораго?—вопросъ o priori не рѣшаемый. Можетъ быть, второго, если онъ былъ заявленъ въ тотъ же моментъ, когда первый былъ уже опубликованъ. Можетъ быть перваго, если онъ былъ заявленъ послѣ второго и лишь выданъ раньше его. Ср., вообще, книга II, главы 2—4, passim.

[2]) Само собой и a fortiori слѣдуетъ изъ этого положенія, что ссылка на обладаніе собственнымъ охранительнымъ свидѣтельствомъ еще менѣе можетъ быть дѣйствительной репликой.—Но обоимъ указаннымъ пунктамъ наши суды очень часто грѣшатъ; ср. томъ I, стр. 478, пр. 1.

[3]) Ср. Положеніе, ст. 26 и 29, п. 4, и выше, книга II, главы 2—4 passim (въ частности, §§ 125 и 126).

чай, когда изобрѣтатель получитъ патентъ и затѣмъ передастъ его третьему лицу [1]). Этотъ случай, конечно, не можетъ возбудить никакихъ сомнѣній: изобрѣтатель, продавшій свой патентъ и затѣмъ возобновившій фабрикацію патентованнаго изобрѣтенія, конечно, совершаетъ контрафакцію.

§ 200. Изъ приведеннаго выше (стр. 169) положенія вытекаетъ, въ видѣ отрицательнаго слѣдствія, такого рода тезисъ: получившій разрѣшеніе отъ патентодержателя, по скольку онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ этого разрѣшенія, не можетъ быть обвиненъ въ контрафакціи.

Тезисъ этотъ, въ свою очередь, требуетъ нѣкоторыхъ поясненій. Какъ мною подробно было указано выше [2]), разрѣшенія даются патентодержателемъ въ въ видѣ лиценціи. Слѣдовательно, лиценціатъ, дѣйствующій въ предѣлахъ своей лиценціи, не совершаетъ дѣянія, предусмотрѣннаго ст. 1353-ею Предѣлы же эти могутъ быть весьма различными: мы видѣли, что лиценція можетъ быть ограничена по времени, по мѣсту, по количеству и т. д. Нарушеніе этихъ предѣловъ является контрафакціей: это начало признано, послѣ нѣкоторыхъ колебаній [3]), всею заграничною практикою. Такимъ образомъ, патентное право—и въ этомъ отношеніи оно вполнѣ аналогично съ правомъ авторскимъ [4])—криминализуетъ нѣкоторыя нарушенія частно-договорныхъ отношеній. Конечно, это налагаетъ на толкователей патентнаго права обязанность указать точную границу, гдѣ кончаются эти криминализованныя нарушенія договора [5]).

[1]) Ср. §§ 153—159.

[2]) См. §§ 170—181.

[3]) Cass., 13 іюня 1837 года и другія рѣшенія, ср. Mainié, II, стр. 311.

[4]) Проектъ Гражд. Уложенія, мотивы къ третьей книгѣ, 1902, томъ III, стр. 382.

[5]) Мотивы къ проекту Угол. Уложенія (1895), т. VII, стр. 577: „Если первоначальный пріобрѣтатель уступилъ другому лицу право привилегіи не во всемъ объемѣ, а съ ограниченіями (по времени, мѣсту или количеству производства), то эксплоатированіе такимъ лицемъ огражденнаго привиле-

Послѣ сказаннаго выше [1]) о существѣ лиценціи, проведеніе этой границы не можетъ представить трудностей. Лиценціею мы называемъ договорный отказъ патентодержателя—по отношенію къ данному лицу—отъ принадлежащаго первому права запретить второму эксплоатацію даннаго изобрѣтенія. Поскольку патентодержатель не отказался отъ права запрещенія—онъ, очевидно, воленъ его осуществлять. Выдавъ лиценцію на Тульскую губернію, онъ воленъ запретить эксплоатацію въ губерніи Орловской. Выдавъ лиценцію на продажу—воленъ запретить фабрикацію и т. д. [2]). Но если лиценціатъ нарушаетъ договоръ въ отношеніи не объема предоставленныхъ ему правъ, а возложенныхъ на него обязанностей—онъ не отвѣчаетъ за это по Уложенію. Поэтому, неуплата договоренныхъ денегъ [3]), непредставленіе договоренныхъ періодическихъ отчетовъ о фабрикаціи, изготовленіе продукта не того качества, которое было условлено и т. п.—можетъ повлечь лишь искъ объ убыткахъ.

Изложенныя начала дозволяютъ мнѣ высказать сомнѣніе относительно правильности двухъ старыхъ, но до сихъ поръ руководящихъ рѣшеній французскаго кассаціоннаго суда. Въ обоихъ случаяхъ лиценціаты обвинялись въ контрафакціи потому, что нарушили постановленія лиценцныхъ договоровъ: первый—о томъ, чтобы покупать все количество опредѣленной кислоты, нужной для осуществленія привилегированнаго про-

---

гіею изобрѣтенія съ превышеніемъ границъ, ему предоставленныхъ, равнымъ образомъ составляетъ пользованіе чужою привилегіею". Слишкомъ абсолютно сказано?

[1]) См. § 182.

[2]) Нарушеніе территоріальныхъ условій лиценціи—см. Steam Cutter C° v. Sheldon (1872).

Нарушеніе договора относительно числа дозволенныхъ къ изготовленію экземпляровъ—см. Aspinwall Mfg. C° v. Gill, (1887).

Нарушеніе лиценціи, выданной на употребленіе, посредствомъ фабрикаціи и продажи, см. Aiken v. Manchester Print Works (1865).

[3]) Ср. Seibert Cylinder Oil Cup C° v. Detroit Lubricator C° (1888). Однако, есть и колебанія, ср. Consolidated Middlings Purifier C° v. Wolf, (1886).

цесса, у самаго лиценціара [1]), а второй—о томъ, чтобы выпускать изготовленные экземпляры изобрѣтенія не иначе, какъ съ наложеніемъ особаго клейма [2]). Мнѣ кажется, что въ обоихъ приведенныхъ случаяхъ рѣчь шла вовсе не о предѣлахъ предоставленной патентодержателю монополіи, а лишь о произвольно-устанавливаемыхъ имъ формахъ контроля [3]). Ни изготовленіе или продажа кислоты, ни—въ особенности—доставленіе нужныхъ клеймъ не входили въ число дѣйствій, запрещенныхъ патентомъ третьимъ лицамъ: поэтому, въ обоихъ случаяхъ криминализація дѣяній лиценціара повлекла произвольное расширеніе объемовъ патента.

§ 201. Вопросы соучастія въ контрафакціи спеціально въ законѣ не оговорены [4]) и потому должны быть обсуждаемы по общимъ началамъ уголовнаго права.

Контрафакція изобрѣтеній, — въ особенности когда дѣло касается изготовленія сложныхъ машинъ или фабрикаціи большихъ количествъ продукта, — можетъ допускать соучастіе въ очень широкихъ предѣлахъ. Однако, конечно, не всѣ рабочіе громадной фабрики, изготовившей какой-нибудь патентованный прессъ, будутъ подлежать наказанію. Главными виновниками, поскольку дѣяніе было совершено безъ предварительнаго соглашенія участниковъ, должны быть, очевидно, признаны тѣ лица, которыя распоряжались или управляли дѣйствіями подчиненныхъ: директоры, управляющіе, завѣдующіе самостоятельными мастерскими. Не нужно забывать, при этомъ, что преступное дѣяніе наказуемо, по ст. 1353-ей, лишь при доказанной завѣдомости [5]). Поэтому, виновникомъ не можетъ быть признанъ тотъ, на чьей фабрикѣ безъ его вѣдома была совершена контра-

[1]) Cassation, 20 августа 1851 года.

[2]) Cassation, 23 февраля 1867 года.

[3]) Ср. Kohler, Handbuch, стр. 526.

[4]) Contra, нѣмецкій законъ объ авторскомъ правѣ 1870 г., ст. 20; ср. Улож. о нак., ст. 1684.

[5]) См. ниже, § 205.

факція: необходимо именно, чтобы дѣяніе было даннымъ лицомъ или предписано (Улож., ст. 12), или допущено (ст. 14). При этомъ нельзя упускать изъ виду того, что законъ не устанавливаетъ никакой презумпціи о завѣдомости управляющаго или директора фабрики относительно того, что на ней происходитъ; завѣдомость должна быть доказываема особо.

Участниками въ разбираемомъ случаѣ, должны быть признаны тѣ, кто или помогалъ главнымъ виновнымъ въ содѣяніи преступленія, или доставлялъ къ тому средства и устранялъ препятствія. По отношенію къ участникамъ также необходима наличность завѣдомости. И съ этой точки зрѣнія, слѣдовательно, устраняется наказуемость такихъ рабочихъ, которые, какъ физическіе помощники, исполняли отдѣльныя порученія, не зная объ ихъ значеніи въ общей экономіи даннаго дѣянія.

Въ случаяхъ совершенія дѣянія по предварительному согласію вопросъ завѣдомости представляется рѣшеннымъ утвердительно для всѣхъ участниковъ, такъ какъ большее предполагаетъ меньшее. Поэтому, при доказанномъ соглашеніи соучастниковъ, отвѣчать должны не только руководители производства, но и отдѣльные рабочіе, въ качествѣ сообщниковъ или пособниковъ.

II.

§ 202. Объектомъ дѣянія, предусмотрѣннаго ст. 1353-ею, является та совокупность исключительныхъ правъ, которая гарантирована патентодержателю его патентомъ, по отношенію къ данному изобрѣтенію [1]).

---

[1]) Эта послѣдняя оговорка можетъ показаться излишнею. Я хотѣлъ подчеркнуть ею слѣдующее обстоятельство. Патентодержатель имѣетъ исключительныя права не только по отношенію къ фабрикаціи и т. д. описаннаго въ патентѣ изобрѣтенія: согласно ст. 27-ой онъ имѣетъ еще исключительное право получать, въ теченіе года, дополнительные патенты на усовершенствованія (ср. § 183). Нарушеніе этого права (несомнѣнно

Въ виду бланкетнаго характера статьи 1353-ей, конструкція этихъ правъ можетъ опираться исключительно на самый текстъ Положенія.

Я указывалъ выше [1]), со всею необходимою подробностью, что патентодержатель имѣетъ исключительное право изготовлять, употреблять и распространять то, что ему запатентовано выданною привилегіею [2]). Слѣдовательно, объектомъ нарушенія могутъ быть именно указанныя три права въ изложенныхъ выше объемахъ. Нѣкоторыя сомнѣнія могутъ возникнуть, въ разбираемомъ вопросѣ, лишь по слѣдующему поводу. На практикѣ, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, контрафакторы не воспроизводятъ съ механической точностью то изобрѣтеніе, которое фиксировано въ патентной формулѣ: они или упрощаютъ, или измѣняютъ, или улучшаютъ его. Возникаетъ, такимъ образомъ, вопросъ: гдѣ граница существенныхъ измѣненій, устраняющихъ наказуемость? Этотъ вопросъ долженъ быть разсмотрѣнъ детально.

§ 203. Конечно, никакими апріорными соображеніями нельзя разрѣшить его, поскольку онъ является чистымъ вопросомъ факта. Однако, теорія должна дать директивы, дать тотъ принципъ, съ точки зрѣнія котораго надлежитъ обсуждать приведенный вопросъ «факта».

Обыкновенно указывается, что дѣяніе контрафактора остается наказуемымъ до тѣхъ поръ, пока онъ вводитъ въ чужое изобрѣтеніе лишь «эквиваленты» [3]). Но самое понятіе эквивалента остается не опредѣленнымъ: мало того, оказывается, что объемъ его является величиною непостоянною. Одни сорта изобрѣтеній допускаютъ эквивалентированіе въ гораздо болѣе широкомъ

относящагося къ категоріи правъ, гарантированныхъ патентодержателю его патентомъ), конечно, не составитъ контрафакціи.

[1]) См. §§ 166—168.

[2]) Ср. книга III, глава 2-ая, passim.

[3]) J. Kohler, „Die Lehre von Aequivalenten", Forschungen, 1889-стр. 55—64;—Reichsgericht, 9 апрѣля 1884, Gareis, V, стр. 307 и Reichsgericht, 4 іюля 1891, Gareis, IX, стр. 51.

объемѣ, чѣмъ другія; при этомъ, не только количественно (= бо́льшее количество частей допускаетъ замѣну аналогичными приспособленіями), но и качественно [1]) (= болѣе глубокія, существенныя измѣненія остаются въ области поддѣлокъ). Поэтому, вопросъ о существенности или несущественности измѣненій, сдѣланныхъ контрафакторомъ, остается открытымъ.

Англичане пробовали, было, выставить такой критерій: понятіе свободнаго (ненаказуемаго) подражанія = понятію патентоспособной новизны [2]). Т.-е., переводя это положеніе въ терминологію, предложенную выше [3]): контрафакція перестаетъ быть таковою, если конкурентъ создалъ что-нибудь настолько новое, что, принимая данный чужой патентъ за уровень новизны, это новое могло бы быть признано творческимъ рѣшеніемъ технической проблемы и, слѣдовательно, – не будь данный патентъ въ силѣ—могло бы быть предметомъ новаго патента. Оказывается, однако, что этотъ критерій совершенно неудовлетворителенъ [4]): кранъ, какъ таковой, можетъ быть патентоспособнымъ изобрѣтеніемъ, но это не значитъ, чтобы присоединеніе такого крана къ чужому патентованному баку могло бы быть разсматриваемо, какъ фактъ, уничтожающій наказуемость эксплоатаціи этого послѣдняго. Если бы указанный критерій былъ вѣренъ, то тогда сталъ бы явно безполезнымъ весь институтъ зависимыхъ привилегій [5]): ибо въ указанномъ случаѣ достаточно было бы привнести въ чужое изобрѣтеніе нѣкоторое самостоятельное творчество—для того чтобы сдѣлаться безнаказаннымъ.

Творчество есть величина непостоянная: всякій прыжокъ въ неизвѣстное, превышающій своею шириною

[1]) Въ англо-американской судебной практикѣ давно установился тезисъ, что судья долженъ относиться строже къ эквивалентированію „піонерныхъ“ изобрѣтеній.

[2]) Ср. Newton v. Grand Junction Railway C°, Frost, op. cit., стр. 475.

[3]) См. томъ I, §§ 102—104.

[4]) См. цит. выше рѣшеніе Newton v. Grand etc., а также (U. S. A.) Union Sugar Refinery C° v. Matthiesson.

[5]) Ср. выше, §§ 183—188.

нѣкоторую, ближе не опредѣленную мѣрку [1]), мы называемъ творчествомъ. Но, удовлетворяя только что указанному условію, творческіе «прыжки», по сравненію другъ съ другомъ, могутъ быть весьма неравными: на этомъ основано различіе важныхъ, геніальныхъ изобрѣтеній (pioneer invention) и изобрѣтеній мелкихъ. Они всѣ получаютъ патентную защиту; но было бы несправедливо допускать, чтобы конкуррентъ могъ—путемъ малаго количества творческой работы—присвоить себѣ чужую большую творческую работу. Изъ этого положенія вытекаетъ такого рода важное слѣдствіе: понятіе контрафакціи должно быть приведено въ тѣсную и непосредственную связь не съ понятіемъ творчества вообще, а съ частною величиною того количества творчества, которое проявилъ данный изобрѣтатель.

Такой тезисъ, насколько мнѣ извѣстно, въ литературѣ до сихъ поръ выставленъ не былъ. Между тѣмъ онъ имѣетъ важное значеніе: можно доказать, что на немъ—безсознательно—основывается всякое судебное рѣшеніе о патентной контрафакціи. Поэтому, я позволю себѣ остановиться на немъ нѣсколько подробнѣе.

Въ дѣлѣ Macnamara v. Hulse [2]) истецъ имѣлъ патентъ на мостовую изъ ромбоидальныхъ шашекъ; отвѣтчикъ же работалъ съ такими шашками, которыя—сложенныя попарно—являлись точною копіею шашекъ истца. Во время судоговоренія отвѣтчикъ представилъ старый, давно прекратившій свое дѣйствіе патентъ M^c^ Arthy, въ коемъ были описаны шашки, представлявшія каждая—пару сложенныхъ шашекъ истца [3]). Жюри отвергло наличность контрафакціи: «для того чтобы доказать новизну своего изобрѣтенія, истецъ долженъ утверждать, что это изобрѣтеніе существенно отличается отъ патента M^c^ Arthy; но въ такомъ случаѣ,

---

[1]) См. томъ I, § 83.

[2]) Ср. Johnson, op. cit., стр. 54—55.

[3]) Такимъ образомъ, значитъ, шашка истца представляла расколотую пополамъ шашку M^c^ Arthy, а шашки отвѣтчика—расколотую пополамъ шашку истца.

онъ долженъ—послѣдовательно—признать, что шашки отвѣтчика столь же существенно отличаются отъ его, истца, шашекъ».

Приведенный примѣръ можетъ служить прекрасною иллюстраціею моей мысли. Всякое творчество защищается: но не всякое творчество защищается одинаково. Если бы, въ приведенномъ случаѣ, патентодержатель изобрѣлъ самый принципъ мощенія деревянными шашками,—то тогда, конечно, дѣйствія отвѣтчика были бы признаны контрафакціей. Но истецъ сдѣлалъ гораздо меньшее: онъ только измѣнилъ форму уже извѣстныхъ шашекъ. И въ этомъ случаѣ, дѣяніе даннаго конкуррента становится дозволеннымъ.

Слѣдовательно, въ видѣ общаго правила можно выставить такой тезисъ: само по себѣ, сравненіе поддѣлки и защищеннаго изобрѣтенія не можетъ дать матеріала для окончательнаго отвѣта на вопросъ о томъ, составляетъ ли эта поддѣлка — наказуемую контрафакцію. Этотъ отвѣтъ можетъ быть полученъ только путемъ сопоставленія разницы между поддѣлкой и изобрѣтеніемъ съ одной стороны, и разницы между изобрѣтеніемъ и его опредѣлительнымъ уровнемъ (§ 102) — съ другой. Если N есть уровень новизны, a—количество творчества изобрѣтателя (количество новизны), N'—уровень новизны созданный изобрѣтеніемъ, a' — количество творчества конкуррента и Z—уровень новизны, созданной этимъ послѣднимъ, то дѣйствія конкуррента являются дозволенными только въ томъ случаѣ если

$$Z - N' \geqslant N' - N, \text{ т.-е. если } a' \geqslant a$$

Приведенный тезисъ можно было бы назвать закономъ равныхъ разстояній: конкуррентъ воленъ работать надъ чужимъ патентованнымъ изобрѣтеніемъ: если ему удастся присоединить самостоятельное творчество къ результатамъ работы изобрѣтателя—онъ получаетъ защиту. Но защита эта можетъ имѣть двоякую форму: если конкуррентъ сдѣлалъ шагъ впередъ, равный

или большій (по сравненію съ тѣмъ шагомъ, который, въ свое время, былъ сдѣланъ патентодержателемъ),— онъ освобождается отъ всякой зависимости отъ перваго патента; если же шагъ сдѣланъ имъ меньшій,—то онъ можетъ, въ крайнемъ случаѣ, получить зависимую привилегію; и въ этомъ послѣднемъ случаѣ, работая безъ согласія патентодержателя, онъ совершаетъ контрафакцію.

Законъ равныхъ разстояній имѣетъ важное практическое значеніе. Только имъ можно объяснить многія особенности патентнаго права. Ограничусь двумя примѣрами.

1. Отчего такъ важно установить, къ которому изъ трехъ типовъ [1]) отнесено данное изобрѣтеніе? — Отъ того, что эти типы, въ сущности, представляютъ дань, безсознательно уплачиваемую закону равныхъ разстояній. Патентъ, выданный на способъ производства, обозначаетъ именно не иное что, какъ констатированіе ширины прыжка, сдѣланнаго изобрѣтателемъ: изобрѣтатель сдѣлалъ больше, чѣмъ приспособленіе, но меньше, чѣмъ новый продуктъ; онъ сдѣлалъ прыжокъ средней ширины. Поэтому, тѣ, кто, подражая ему, изобрѣтетъ новый продуктъ, eo ipso освобождаются отъ отвѣтственности: они прыгнули шире. Наоборотъ, тѣ, кто изобрѣтетъ новое приспособленіе для того же способа, eo ipso остаются въ зависимости отъ изобрѣтателя: они прыгнули у́же. И лишь по отношенію къ изобрѣтателямъ новаго второго способа—возникаютъ вопросы, не рѣшаемые a priori: ихъ прыжки могутъ быть и шире, и у́же. Такимъ образомъ, трехчленное дѣленіе изобрѣтеній есть лишь частный случай примѣненія, въ грубомъ видѣ, закона равныхъ разстояній.

2. Отчего такъ важна существенность новизны изобрѣтенія [2])?—Отъ того, что защита несущественнаго изобрѣтенія является практически безполезною и

[1]) См. выше, § 162.
[2]) См. томъ I, §§ 97—98.

неосуществимою. Если бы можно было строжайшимъ образомъ проводить законъ равныхъ разстояній, то, въ сущности, можно было бы безъ всякаго стѣсненія выдавать патенты на какія угодно ничтожныя выдумки: на карандашъ въ 2,75 сант. длины (не больше и не меньше),—на графины съ болѣе широкимъ (чѣмъ обыкновенно) горлышкомъ,—на окраску домовъ въ бирюзовый цвѣтъ даннаго (въ точности) оттѣнка, и т. д. Но въ результатѣ, всѣ такіе патенты оказались бы только ловушками и обманомъ. Ибо если извѣстны были карандаши въ 25,00 сантим., и если изобрѣтатель «изобрѣлъ» карандашъ въ 25,75 сантим., — то карандашъ въ 25,74 или даже 25,749 не могъ бы быть признанъ контрафакціей. Защита патента свелась бы для такихъ «изобрѣтеній», сама собою, къ нулю [1]).

Въ авторскомъ правѣ мы имѣемъ полную аналогію: чѣмъ меньше творчество автора, тѣмъ меньше объемъ защиты. Одни и тѣ же измѣненія текста могутъ быть признаны уничтожающими контрафакцію, если дѣло идетъ о перепечаткѣ пересказа или перевода,—и не уничтожающими контрафакціи оригинальнаго произведенія. И далѣе: то, что составитъ, несмотря на измѣненія, контрафакцію перевода — можетъ оказаться дозволенной переработкой адресной книги. Принципъ равныхъ разстояній остается въ силѣ [2]).

---

[1]) Примѣръ изъ практики (Paris, 22 іюня 1855, Pataille, Ann., I, стр. 51): Изобрѣтатель взялъ патентъ на употребленіе чистаго масла, безъ примѣси céruse (?) употреблявшейся до него. Патентъ былъ признанъ дѣйствительнымъ. Но: „il suffit que la présence de la céruse dans le mordant d'huile employé par le fabricant soit constatée, quelque minime que soit la quantité, pour que fabricant soit à l'abri de l'inculpation de contrefaçon".

[2]) У одного H. Robolski, Theorie und Praxis, Berlin, 1890, стр. 218, нашелъ я приблизительное изображеніе закона равныхъ разстояній, во всякомъ случаѣ весьма не отчетливое. Онъ говоритъ, опредѣляя понятіе эквивалента: „Selbst die Patentschrift giebt darüber nicht immer Aufschluss. Wer, zum Beispiel, ein Patent, welches eine nach dem Vorwärmungsprinzipe konstruirte Lampe schützt, ohne Kenntniss der älteren Patente dieser Art und ohne auch zu wissen dass das Vorwärmungsprinzip schon längst bekannt ist, für sich allein in Betracht ziehen wollte, der würde leicht eine Patentver-

III.

§ 204. Съ внутренней стороны, дѣяніе, предусмотренное ст. 1353-ею должно быть умышленнымъ *).

Въ этомъ отношеніи совершенно особое мѣсто занимаетъ французскій законъ 1844 года, устанавливающій наказуемость контрафакціи, какъ голаго матеріальнаго факта, внѣ всякаго отношенія къ вопросу умышленности [1]). Мнѣ извѣстно лишь одно французское рѣшеніе, въ которомъ обвиняемый былъ оправданъ по соображеніямъ, касавшимся внутренней стороны его дѣйствій [2]): въ виду осады Парижа онъ физически не могъ знать, находясь внѣ его, о заявкѣ того патента, за нарушеніе коего онъ былъ подвергнутъ преслѣдованію. Указанный принципъ, столь противорѣчащій общимъ началамъ уголовнаго права проведенъ былъ въ палатѣ не безъ сильной оппозиціи [3]): повидимому,

---

letzung annehmen, wo es sicht in Wahrheit um eine selbständige Ausführungsform jenes bekannten Problems handelt. Desshalb muss bei der Frage, ob ein bestimmtes Erzeugniss, eine bestimmte Handlung ein Patent verletzt, sofern andere Arten der Ausführung des allgemeinen Problems . . . schon bekannt sind, nicht nur im Allgemeinen auf Inhalt und Zweck der Erfindung eingegangen, sondern untersucht werden, worin das Besondere und Bemerkenswerthe gerade dieser Lösung steckt".

*) Dolus eventualis—ср. Reichsgericht. 20 октября 1877, Gareis, VI, стр. 207 и Reichsgericht, 5 ноября 1886, Gareis, VI, стр. 335.

[1]) Ст. 40: „Toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par la fabrication de produits, soit par l'emploi des moyens, faisant l'objet de son brevet, constitue le délit de contrefaçon". Ср. Mainié, II, стр. 364—368.— Ср. Toulouse, 28 іюня 1882, Pataille, Ann., XXVIII, стр. 280; ср. также рѣчь Vivien при обсужденіи проекта закона, палата депутатовъ, 16 апрѣля 1854 г. (Moniteur officiel, 1844, стр. 961): „La contrefaçon résulte des circonstances qu'il énumère: le fait matériel suffit. La loi n'admet point que les questions d'intention puissent être soulevées pour effacer le délit". — Весьма странно, что, въ спеціальной своей работѣ, Fr. von Calker (Die Delicte gegen das Urheberrecht nach deutschem Reichsrecht, Halle a. S., 1890, стр. 179 и сл.) совершенно упускаетъ изъ виду это постановленіе французскаго закона, не смотря на то, что оно могло повліять на выводы. Calker имѣетъ въ виду лишь ст. 427 C. P.

[2]) Rennes, 8 мая 1872, Pataille, Ann., XVII, стр. 315.

[3]) Былъ разговоръ даже о томъ, что вотировавшіе не уразумѣли того, что они сами голосовали: предлагалось кассировать голосованіе (Moniteur

палата исходила изъ убѣжденія, что контрафакторъ не можетъ дѣйствовать bona fide [1]); было, значитъ, упущено изъ вида, что контрафакторъ можетъ быть добросовѣстнымъ параллельнымъ изобрѣтателемъ, никогда не видѣвшимъ чужого изобрѣтенія.

Остальныя главнѣйшія законодательства, повидимому, склоняются къ тому, чтобы обсуждать внутренній составъ контрафакціи по общимъ началамъ умысла и неосторожности. Такъ, германскій законъ 1891 г. [2]) и австрійскій законъ 1897 г. [3]) наказываютъ лишь за завѣдомое нарушеніе чужого патента. Къ тому же результату, хотя и при нѣсколько иной постановкѣ вопроса, приходятъ законодательства итальянское [4]), англійское [5]), С. Штатовъ [6]) и швейцарское [7]).

Толкованіе русскаго закона по данному вопросу представляетъ величайшія трудности. Статья 22-я гласитъ: «получившій привилегію имѣетъ право... 3) преслѣдовать по суду самовольное пользованіе его правами по привилегіи и всякое иное нарушеніе сихъ правъ». Если толковать эту статью строго, то придется прійти къ убѣжденію, что законъ различаетъ само-

officiel, 1844, стр. 988), но предсѣдатель палаты на это не согласился по формальнымъ соображеніямъ.

[1]) „Quant au contrefacteur, on n'a pas besoin de dire qu'il doit avoir commis son délit sciemment; car il est évident qu'il a examiné l'invention et qu'il l'a connue avant la contrefaçon". Martin (Du Nord), палата перовъ, 31 марта 1843, Moniteur officiel, 1843, стр. 644.

[2]) Ст. 36: „Wer wissentlich... eine Erfindung in Benutzung nimmt..."

[3]) Ст. 97: „Ist der Eingriff wissentlich begangen worden..."

[4]) Dolus необходимъ (Bosio, Privative, стр. 355): однако, законъ презюмируетъ (?) его наличность, доколѣ не доказано противное (ibidem).

[5]) Принципіально, англійскіе суды придерживаются французской точки зрѣнія: „I do not think that it would be material, in order to support an action for the infringement of the plaintiff's property, to shew that it was knowingly infringed. Whether it was done knowingly or not, it would equally be an infringement of their property". Nobel's Explosive C° v. Jones (Wallace, стр. 416). Но, практически, вопросы bonae fidei принимаются во вниманіе и для жюри, и для разсчета подлежащихъ присужденію убытковъ (Frost, op. cit., стр. 465).

[6]) Повидимому, такъ надо понимать Robinson, III, § 902.

[7]) Sic A. Simon, Der Patentschutz etc., 1891, стр. 106; contra, F. Meili, Prinzipien etc. 1890, стр. 99.

вольное пользованіе и, кромѣ того, всякое иное нарушенія патентныхъ правъ;—что самовольное пользованіе можетъ быть конструируемо какъ понятіе, исключающее наказуемость неосторожныхъ дѣяній [1]);—и что, слѣдовательно, «всякое иное нарушеніе сихъ правъ» есть именно нарушеніе неосторожное или (даже) случайное. Мнѣ кажется, однако, что такое толкованіе было бы черезчуръ строгимъ для нашего закона, страдающаго прирожденными и неизбѣжными «редакціонными недостатками». Если мы обратимся къ исторіи цитированной нормы, то мы увидимъ, что въ проектѣ III она была редактирована слѣдующимъ образомъ [2]): «... 3) преслѣдовать по суду поддѣлку и всякое нарушеніе его правъ по привилегіи». Государственному Совѣту, повидимому, не понравилось слово поддѣлка: вѣроятно, эта антипатія объясняется вліяніемъ пресловутой, столь много вреда принесшей, ст. 172 стараго Устава [3]). Совѣтъ замѣнилъ этотъ терминъ болѣе точнымъ «самовольнымъ пользованіемъ», но при этомъ позабылъ вычеркнуть конецъ фразы, бывшій необходимымъ рядомъ съ узкою «поддѣлкой», но сдѣлавшійся совершенно излишнимъ на ряду съ всеобъемлющимъ «самовольнымъ пользованіемъ [4])». Такимъ образомъ можно предположить (не строгое толкованіе), что законъ относитъ «самовольное» къ обоимъ поставленнымъ затѣмъ терминамъ (пользованіе и нарушеніе),—и что, слѣдова-

[1]) „Со стороны внутренней, дѣяніе должно быть умышленнымъ: неосторожность не наказуема; этотъ признакъ заключается въ требованіи самовольности пользованія“; Мотивы Уг. Уложенія, томъ VII, стр. 577.

[2]) См. томъ I, стр. 206.

[3]) „Поддѣлкой признается точное и во всѣхъ существенныхъ частяхъ сходное произволство...“

[4]) Я уже указывалъ выше, что ст. 22 редактирована крайне слабо. На основаніи вышеизложеннаго, я могу утверждать, что она содержитъ (п. 3) два синонимичныхъ и взаимоисключающихъ положенія, вдобавокъ къ тому, изложенныхъ въ формѣ бланкетно-криминалистической статьи, почему то попавшей въ цивилистическій законъ и констатирующей частный случай примѣненія аксіомы: всякое гражданское право защищено соотвѣтствующимъ правомъ иска. Какое удивительное нагроможденіе редакціонныхъ недосмотровъ!

тельно, неосторожныя дѣянія въ области патентной контрафакціи, дѣйствительно, являются у насъ ненаказуемыми.

Этотъ выводъ подтверждается, косвенно: 1) тѣмъ, что онъ въ точности соотвѣтствуетъ отношенію русскаго закона къ контрафакціи литературной, наказуемой только въ случаѣ доказанной завѣдомости [1]); нѣтъ основанія предполагать, чтобы законодатель относился къ патентамъ строже, чѣмъ къ авторскому праву, и 2) тѣмъ, что введеніе громаднаго расширенія защиты въ видѣ наказуемости неосторожныхъ дѣяній не могло быть совершено путемъ измѣненій ст. 22-ой, не оговоренныхъ въ мотивахъ.

Приведенный выше тезисъ относительно ненаказуемости неосторожныхъ дѣяній послѣдовательно проводится и практикою [2]).

§ 205. Въ частности, по поводу опредѣленія завѣдомости, въ литературѣ было высказано одно мнѣніе, по поводу коего можетъ возникнуть существенное разногласіе. Мнѣніе это впервые, если не ошибаюсь, было высказано Неклюдовымъ [3]) въ слѣдующей формѣ: «Признакъ умышленности или завѣдомости опредѣляется механически, ибо по смыслу ст. 145 и 151 Уст. фабр. нарушеніе почитается завѣдомымъ, коль скоро оно учинено послѣ публикаціи о выдачи (выдачѣ?) свидѣтельства (ст. 145) или самой привилегіи [4]) (ст. 151)». Этотъ

---

[1]) Ст. 1684 Улож. о наказ.: „кто ... зная, что оное есть литературная собственность другого...“ Ср. Шершеневичъ, Авторское право, 1891, стр. 293.

[2]) Изложенное, конечно, не относится къ возмѣщенію убытковъ, совершаемому гражданскимъ путемъ, на общихъ основаніяхъ ст. 684, т. X. ч. I.—Contra, ст. 34 нѣмецк. закона 1877 (wissentliche), измѣненная въ 1891 (ст. 35: oder aus grober Fahrlässigkeit); Ср. Kohler, Aus dem etc., I, стр. 68—69 и Robolski, Theorie und Praxis, стр. 239.

[3]) Loc. cit., стр. 438.

[4]) Этотъ самый взглядъ былъ высказанъ мною (въ тотъ моментъ мнѣ не было извѣстно цитированное мнѣніе Неклюдова) по аналогичному вопросу объ опредѣленіи понятія завѣдомости по ст. III Высочайше утвержденнаго мнѣнія Госуд. Совѣта 26 февраля 1896 (о товарныхъ знакахъ),

взглядъ шелъ бы, слѣдовательно, даже дальше воззрѣнія итальянской практики, о которомъ я упомянулъ выше [1]).

Наврядъ ли мнѣніе Неклюдова можетъ быть признанопра вильнымъ. Прежде всего, необходимо отмѣтить, что тѣ статьи, на которыя онъ ссылается въ подтвержденіе своего взгляда, отнюдь не имѣютъ того содержанія, которое онъ имъ приписываетъ. Такъ, ст. 145 Уст. фабр. (ст. 187 Уст. Пром., изд. 1893 г.) гласитъ: «Срокъ привилегіи начинается со дня подписанія оной; а дѣйствіе по привилегіи, въ отношеніи къ преслѣдованію за поддѣлку, принимаетъ начало свое со дня выдачи свидѣтельства о подачѣ просьбы на полученіе привилегіи. Почему о каждомъ выданномъ свидѣтельствѣ публикуется въ вѣдомостяхъ обѣихъ столицъ...» Статья же 151-ая (190-ая, изд. 1893 г.) устанавливаетъ опубликованіе выданныхъ привилегій «напечатаніемъ въ журналахъ того Министерства, до котораго она относится и т. д.». Мнѣ кажется, что безъ величайшей натяжки невозможно усмотрѣть въ этихъ двухъ статьяхъ какое-нибудь отношеніе къ понятію завѣдомости. «Дѣйствіе привилегіи» начинается, правда, со дня выдачи свидѣтельства;—но этотъ тезисъ отнюдь не мѣшаетъ намъ допустить, что дѣйствія контрафактора, наказуемыя, съ внѣшней стороны, со дня выдачи свидѣтельства, со стороны внутренней остаются подъ дѣйствіемъ общихъ началъ объ умыслѣ. Скажу даже больше: принявъ мнѣніе Неклюдова, мы должны были бы, во-первыхъ, допустить противорѣчіе съ полученнымъ ранѣе выводомъ, ибо при «механическомъ» опредѣленіи завѣдомости опубликованныхъ привилегій мы

въ статьѣ, помѣщенной мною въ Судебной Газетѣ, 1896, № 42 („Къ вопросу о толкованіи закона о товарныхъ знакахъ“). Высказанный въ этой статьѣ взглядъ былъ мнѣ навѣянъ самымъ искреннимъ желаніемъ, по возможности, содѣйствовать укрѣпленію защиты промышленной собственности въ Россіи. Въ настоящее время я боюсь настаивать на этомъ взглядѣ, по указаннымъ въ текстѣ соображеніямъ. Ср. мою замѣтку въ Правѣ, 1899, № 27.

[1]) Ср. стр. 183, пр. 4.

принуждены были бы свести на нѣтъ понятіе неосторожной контрафакціи; послѣдняя сдѣлалась бы немыслимою. Во-вторыхъ, мы должны были бы совершить насиліе надъ чувствомъ справедливости и логики, ибо намъ пришлось бы наказывать за поддѣлку изобрѣтеній въ такой періодъ (со дня выдачи свидѣтельства и до дня выдачи привилегіи), когда конкурренту— при всемъ добросовѣстнѣйшемъ желаніи узнать содержаніе данной заявки — было бы невозможно выяснить себѣ что-либо, кромѣ титла изобрѣтенія, какъ оно публикуется при выдачѣ свидѣтельства [1]). Такимъ образомъ, для Устава Промышленности мнѣніе Неклюдова не подтверждается тѣми текстами, на которые онъ ссылается.

Еще менѣе можетъ быть оно примѣнено къ дѣйствующему закону. Въ самомъ дѣлѣ. Фикція «механическаго» опредѣленія завѣдомости не можетъ быть выведена иначе, какъ изъ точнаго указанія закона: такого указанія въ Положеніи не имѣется. Наоборотъ, одно косвенное обстоятельство говоритъ противъ этой фикціи. Статья 8-ая указываетъ, что получившій охранительное свидѣтельство «можетъ предупреждать посредствомъ частныхъ и нотаріальныхъ заявленій лицъ, нарушающихъ его права, о томъ, что, въ случаѣ выдачи привилегіи, они могутъ подлежать отвѣтственности по суду за нарушенія, совершенныя въ теченіе времени со дня публикаціи о выдачѣ охранительнаго свидѣтельства (ст. 7) до дня подписанія патента на привилегію (ст. 20)». Вложить въ первую часть этого постановленія разумное содержаніе можно только въ одномъ случаѣ: необходимо признать, что это посыланіе «частныхъ и нотаріальныхъ заявленій» имѣетъ какое нибудь юридическое значеніе, въ смыслѣ какихъ нибудь соединенныхъ съ нимъ (и именно съ нимъ) юридическихъ послѣдствій. А послѣдствія эти могутъ быть изображены только въ одномъ видѣ: пока не по-

[1]) Ср. томъ I, стр. 467.

слано «заявленіе»—не можетъ быть «отвѣтственности по суду». Т.-е., значитъ, держатель охранительнаго свидѣтельства, для того чтобы получить убытки съ контрафактора долженъ (а не только можетъ) извѣстить его въ порядкѣ ст. 8-ой; и, послѣдовательно: только со дня полученія этого заявленія производится разсчетъ убытковъ [1]). Если мы примемъ противоположное толкованіе ст. 8-ой (т.-е., если мы предположимъ, что преслѣдованіе за контрафакцію начинается со дня опубликованія охранительнаго свидѣтельства, независимо отъ того, послано ли или не послано, предупрежденіе),— то мы придемъ къ абсурдному выводу, что эта статья устанавливаетъ дозволеніе переписываться со своими конкуррентами, т.-е. регулируетъ rem meae facultatis, не нуждающуюся въ санкціи закона.

Итакъ, наказуемость контрафакціи начинается съ момента врученія частнаго или нотаріальнаго предупрежденія (и, конечно, не раньше опубликованія охранительнаго свидѣтельства). А съ этого момента завѣдомость будетъ уже не фиктивной, а реальной: предупрежденіе констатируетъ, что, кому и когда запрещено; конкурренту не просто предполагается знающимъ о публикаціяхъ, а фактически извѣщается о томъ, что заявлено даннымъ изобрѣтателемъ.

Если мы признали, что законъ не присваиваетъ опубликованію охранительныхъ свидѣтельствъ значенія «механическаго» критерія,—то мы не можемъ, послѣдовательно, признать, чтобы онъ приписывалъ бо́льшее значеніе и публикаціямъ о состоявшейся выдачѣ привилегій (ст. 21, начало): эти публикаціи также содержатъ лишь голое указаніе на заголовокъ патентованнаго изобрѣтенія; слѣдовательно, третьи лица найдутъ

---

[1]) Мнѣ могутъ возразить, ссылкой на самый конецъ приведенной цитаты. На это я отвѣчу слѣдующимъ образомъ: „со дня публикаціи о выдачѣ охранительнаго свидѣтельства“ есть постоянная граница во времени, съ которой всегда и безусловно начинается исчисленіе убытковъ; этотъ день есть лишь крайній предѣлъ, раньше котораго не можетъ восходить, подвижная граница, исчисляемая, принципіально, по дню „предупрежденія“

въ нихъ столь же мало директивовъ для своей дѣятельности, какъ и въ публикаціяхъ объ охранительныхъ свидѣтельствахъ. Затѣмъ остается полное опубликованіе описаній (ст. 21, п. 1): по отношенію къ нему мыслимо колебаніе; я позволяю себѣ и здѣсь высказаться противъ «механической» теоріи, ибо—повторяю - эта теорія содержитъ въ себѣ фикцію громаднаго значенія, нигдѣ въ законѣ expressis verbis не установленную [1]).

Изложенное мнѣніе кажется мнѣ тѣмъ менѣе опаснымъ для справедливыхъ интересовъ патентодержателя, что, во-первыхъ, посылка «предупрежденія» даже и послѣ опубликованія описанія не можетъ представить особыхъ затрудненій;—что, во-вторыхъ, никто не мѣшаетъ доказывать завѣдомость и внѣ предупрежденія, если она имѣлась на лицо [2]);—и что, въ третьихъ, какъ указано выше, все ученіе о реальной завѣдомости имѣетъ примѣненіе лишь къ уголовному преслѣдованію контрафакціи.

IV.

§ 206. Съ внѣшней стороны, преступное дѣяніе недозволеннаго воспроизведенія чужого изобрѣтенія характеризуется тѣмъ, что оно должно быть совершено на территоріи даннаго государства. Патентъ можетъ быть нарушенъ только въ предѣлахъ того государства, коимъ онъ выданъ [3]). Можно привести до-

---

[1]) „Eine Rechtsvermuthung des Inhalts, öffentliche Bekanntmachung der Patentertheilung durch das Patentamt erweise das strafbare Bewusstsein der das Patent objectiv verletzenden Person ohne weiteres, sodass der Richter, wenn das Patent einmal ertheilt und diese Ertheilung bekannt gemacht wird, die Wissenslichkeit zu fingiren habe, besteht nicht". H. Kobolski, Theorie und Praxis, 1890, стр. 246.

[2]) Конечно, неправъ C. Garcis (Patentgesetz, 1877, стр. 92), утверждающій, что wissentlich эквивалентно понятію: „nach vorausgehender directer Aufforderung seitens des Patentinhabers den Gebrauch zu unterlassen".

[3]) Kohler, „Patent- und Markenverletzung im Auslande", въ его Aus dem Patent- und Industrierecht, I, стр. 3—17, и его же „Territoriale Ausdehnung des Patentschutzes", ibid., III, стр. 11—14. — Ср. Очень хорошо

вольно много соображеній, которыя оправдывали бы этотъ принципъ территоріальности патентовъ: самымъ простымъ и естественнымъ является указаніе на значительную несогласованность условій выдачи, существующую въ различныхъ государствахъ [1]); патентъ французскій и патентъ русскій являются настолько несоизмѣримыми величинами, что было бы явною несправедливостью примѣнять одну и ту же уголовную норму къ нарушителямъ какъ перваго, такъ второго. А такъ какъ, по общему правилу, уголовные суды никогда не примѣняютъ иностранныхъ уголовныхъ законовъ, то преслѣдованіе за границей за патентную контрафакцію и остается до сихъ поръ неосуществимымъ.

Труднѣе объяснить, почему государства не допускаютъ также и гражданскихъ исковъ объ убыткахъ, проистекающихъ изъ дѣяній, совершенныхъ за границей: т.-е., конкретно, почему они не допускаютъ исковъ въ русскомъ судѣ объ убыткахъ, понесенныхъ вслѣдствіе распространенія во Франціи контрафактныхъ экземпляровъ изобрѣтенія, патентованнаго во Франціи же [2]). Начала частнаго международнаго права отнюдь не находились бы въ противорѣчіи съ такого рода исками. Отрицательное къ нимъ отношеніе, вѣрнѣе всего, можно объяснить, повидимому, переживающими вліяніями старой привилегіонной теоріи: право изобрѣтателя все еще не считается равнороднымъ съ другими гражданскими правами; поэтому, суды относятся подозрительно

мотивированное рѣшеніе Reichsgericht, 15 октября 1892, Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht, III, стр. 300—302.

[1]) Ср. Weiss, Traité de droit international privé, Paris, 1894, II, стр. 257: „Tant qu'on ne sera pas arrivé à formuler une législation uniforme des brevets, le principe de la territorialité s'imposera".

[2]) „Wegen Verletzung des in einem auswärtigen Staate ertheilten Patentes durch dort begangene Handlungen kann vor deutschen Gerichten ein Schadenersatz nicht geltend gemacht werden". Reichsgericht, 18 іюля 1890, Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht, I, стр. 213.

и несочувственно къ искамъ о нарушеніи патентныхъ правъ [1]).

Самое понятіе территоріи опредѣляется по общимъ началамъ международнаго и государственнаго права [2]). Поэтому, напримѣръ, контрафакція можетъ быть совершена не только на сушѣ, внутри русской границы [3]), но также и на судахъ, плавающихъ подъ русскимъ флагомъ. Кромѣ того, несомнѣнно, что, въ виду отсутствія какой-либо оговорки, соотвѣтствующей ст. 5, 3⁰ германскаго закона [4]),—за контрафакцію могутъ быть преслѣдуемы собственники коммерческихъ судовъ, посѣщающихъ, подъ иностранными флагами [5]), наши гавани, а также и желѣзнодорожныхъ вагоновъ, проходящихъ случайно по русской территоріи [6]). Въ виду очевидной несправедливости и стѣснительности для международнаго торговаго оборота такого положенія дѣла, указанный пробѣлъ закона надлежало бы заполнить возможно скорѣе [7]).

---

[1]) Объясненія территоріальности, которыя мы находимъ у Kohler'a въ его Patentrecht'ѣ 1878 года (стр. 109), представляются мнѣ туманными и ненужными фикціями; они, повидимому, не воспроизведены въ Handbuch'ѣ.

[2]) Польша подлежитъ дѣйствію русскаго закона о привилегіяхъ, см. Указъ 16 февраля 1867 г., № 44255. — Въ Финляндіи дѣйствуетъ особый законъ. — Бухара (договоръ 12/24 августа 1873 г., ст. 1) и Хива не являются русской территоріей въ смыслѣ патентнаго закона; то же нужно признать и по отношенію къ арендованнымъ у Китая территоріямъ. — О нѣмецкихъ Schutzgebiet'ахъ, см. Kohler, Handbuch, стр. 69—70.

[3]) Подводные океанскіе кабели не пользуются никакою патентною защитою. Sic Kohler, Patentrecht, стр. 112; Contra, Rosenthal, Patentgesetz, 1881, стр. 115.

[4]) Ср. австрійскій законъ 1897 г., ст. 12: „Auf Fahrzeuge und auf Einrichtungen an Fahrzeugen, welche nur vorübergehend aus Anlass ihrer Benützung im Verkehre in das Inland gelangen, erstreckt sich die Wirkung eines Patents nicht". — Ср. англійскій законъ 1883 г., sect. 43; — contra, американское рѣшеніе Brown v. Duchesne, 1850.

[5]) Ср. Reichsgericht, 20 октября 1887, Gareis, VI, стр. 205 и сл.

[6]) За послѣднее время, какъ мнѣ извѣстно, перестановка товарныхъ вагоновъ на широкую колею при переходѣ черезъ границу все болѣе и болѣе развивается.

[7]) Катковъ, op. cit., стр. 175 и 176, допускаетъ двѣ неточности по вопросу о морскихъ судахъ. Онъ говоритъ: „закону о привилегіяхъ подлежатъ... русскія (торговыя) суда, въ какихъ бы моряхъ они ни плавали".

Посольскіе отели и дома, по установившейся нынѣ доктринѣ, не считаются экстерриторіальными въ томъ грубомъ смыслѣ, въ какомъ они фингировались прежде. Поэтому, дѣянія подрядчика, поставившаго какое-нибудь патентованное приспособленіе внутри посольскаго дома, подлежатъ дѣйствію ст. 1353-ей. И наоборотъ, устройство какихъ-нибудь печей, патентованныхъ въ Россіи,— въ русскомъ посольскомъ домѣ въ Берлинѣ, не будетъ контрафакціей, наказуемой въ Россіи [1]). Само собою разумѣется, что преслѣдованіе самихъ дипломатическихъ агентовъ за контрафакцію представляется невозможнымъ [2]): какъ въ странѣ, гдѣ они аккредитованы (по неподсудности), такъ и на родинѣ (за неимѣніемъ соотвѣтствующихъ уголовныхъ законовъ о нарушеніи иностранныхъ патентовъ, см. выше, стр. 190). Положеніе явно ненормальное.

Нѣкоторыя спеціальныя затрудненія создаются въ патентномъ правѣ въ связи съ возможными случаями передачи части территоріи отъ одного государства, по договору, къ другому. Въ этихъ случаяхъ патенты, выданные передающимъ государствомъ, обыкновенно, сохраняютъ свою силу и послѣ присоединенія территоріи; впрочемъ, отъ ихъ собственниковъ, по общему правилу, требуютъ исполненія нѣкоторыхъ дополнительныхъ формальностей относительно опубликованія описаній и уплаты пошлинъ [3]).

И далѣе: „иностранныя суда, находящіяся въ русскихъ водахъ, считаются частью территоріи страны, которой они принадлежатъ, а потому... [контрафакція совершенная на нихъ не подлежитъ].. юрисдикціи русскихъ судовъ.“ Въ первой цитатѣ слово „торговыя“ совершенно излишне: военныя суда также, очевидно, подлежатъ русскому закону о привилегіяхъ. Во второй цитатѣ пропущена важная оговорка „иностранныя военныя суда“; судьба же иностранныхъ коммерческихъ судовъ у автора оставлена безъ разсмотрѣнія.

[1]) Ср. Kohler, Handbuch, стр. 68.

[2]) То же и относительно иностранныхъ монарховъ (часто бывающій случай при заказахъ для военныхъ, строющихся за границей, судовъ); ср. Vavasseur v. Krupp, у J. Johnson, Patentees Manual, 1890, стр. 269.

[3]) Для Эльзаса, см. Франкфуртскій договоръ 1871 г., ст. 10 и Protocole de clôture, ст. V.—Ср. Pataille, XVII, стр. 292 и сл.

§ 207. Запрещеніе совершать контрафакцію внутри предѣловъ территоріи не представляетъ никакихъ затрудненій для толкованія въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о фабрикаціи или объ употребленіи изобрѣтенія. Локализированіе этихъ дѣйствій совершается безъ особыхъ затрудненій, такъ какъ для фабрикаціи и употребленія необходимо сосуществованіе въ одномъ и томъ же мѣстѣ и субъекта, и объекта: оно не можетъ быть произведено на разстояніи.

Нѣсколько иначе ставится вопросъ о локализаціи понятія распространенія. Конкретно: патентъ запрещаетъ продавать въ Россіи данное патентованное изобрѣтеніе; но можно ли считать нарушающимъ статью 1353-ю того, кто покупаетъ въ Россіи патентованное изобрѣтеніе, фактически находящееся во Франціи, — и затѣмъ перепродаетъ его, отнюдь не ввозя въ Россію [1])? И, наоборотъ, можно ли считать нарушающимъ русскую привилегію того, кто, самъ находясь за границей, распоряжается такими дѣйствіями, которыя должны быть разсматриваемы, какъ распространеніе изобрѣтенія на русской территоріи?

Я думаю, что изложенные два казуса не могутъ получить одинаковаго разрѣшенія. Напримѣръ, невѣрно было бы утверждать, что въ обоихъ случаяхъ дѣяніе не является совершеннымъ на русской территоріи. Мнѣ кажется, что въ такихъ проступкахъ, какъ контрафакція, объективному элементу должно быть отведено доминирующее значеніе. Русскій патентъ обезпечиваетъ отсутствіе конкурренціи на русской территоріи: и если чужой товаръ является въ предѣлы россійской Имперіи, то дѣяніе должно быть разсматриваемо совершеннымъ въ Россіи, хотя бы воля, двигающая данный товаръ,

---

Для Кубы, см. Propr. Industrielle, 1899, стр. 75, 117, 198; 1900, стр. 58 119; 1901 — стр. 126.

Для присоединеннаго Рима, см. Cass. Rome, 20 февраля 1885 г., Journal Clunet, XIII, стр. 619.

[1]) Ср. Rouen, 12 февраля 1874, цит. въ Journal de droit international privé, II, стр. 113.

и исходила отъ человѣка, живущаго въ Берлинѣ. Поэтому, первый изъ приведенныхъ выше случаевъ (стр. 193) долженъ быть рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ, а второй—въ утвердительномъ.

§ 208. Вторымъ признакомъ, характеризующимъ понятіе контрафакціи, является время. Патентъ можетъ быть нарушенъ только въ то время, пока онъ дѣйствуетъ. Дѣйствуетъ же всякій патентъ, ретроактивно, съ момента опубликованія соотвѣтствующаго охранительнаго свидѣтельства [1]) и вплоть до момента его прекращенія. Относительно поводовъ прекращенія патента — см. ниже, главу 5-ую, passim; а, въ частности, относительно точнаго момента прекращенія (наступленіе ли извѣстнаго событія, или опубликованіе),— см. §§ 214—216 (имѣется очень серьезная контроверза).

Само собою разумѣется, что патентъ, объявленный ничтожнымъ [2]), долженъ быть разсматриваемъ, какъ никогда не существовавшій. Поэтому, вопросъ о нарушеніи патента, объявленнаго ничтожнымъ хотя бы и послѣ совершенія инкриминируемаго дѣянія или даже послѣ начатія преслѣдованія по 1353-ей статьѣ,—отпадаетъ самъ собой. Въ такомъ же смыслѣ толковали комментаторы и старое наше право, кромѣ одного случая [3]): при прекращеніи (=уничтоженіи) привилегіи по п. 4, ст. 190 Уст. Пром. («если судомъ доказано будетъ, что получившій привилегію выдалъ чужое открытіе, изобрѣтеніе или усовершенствованіе за свое собственное и о томъ будетъ просить настоящій изобрѣтатель»),—Неклюдовъ считалъ возможнымъ не распространять общаго правила на дѣянія, совершенныя до объявленія ничтожности, и доказывалъ необходимость признанія ихъ наказуемыми. Произошла эта его ошибка оттого, что онъ, вопреки точному смыслу статьи 190-ой, допускалъ возможность суброгаціи, т.-е. предполагалъ, что резуль-

[1]) Положеніе, ст. 8.
[2]) См. книга II, глава 4, passim.
[3]) Неклюдовъ, op. cit., стр. 439; — Мотивы, VII, стр. 572.

татомъ «признанія изобрѣтенія похищеннымъ у настоящаго» изобрѣтателя будетъ не уничтоженіе ея, а лишь перенесеніе патента на этого послѣдняго. Вещь закономъ не предусмотрѣнная. Дальнѣйшая полемика, поэтому, является излишней.

§ 209. Наконецъ, третій характеристичный признакъ понятія контрафакціи заключается въ томъ, что она обнимаетъ лишь строго опредѣленное, по самому характеру дѣятельности, пользованіе, изготовленіе и распространеніе. Никакой патентъ не можетъ никому дать права вторгаться въ частную жизнь третьихъ лицъ [1]). Въ германскомъ законѣ это обстоятельство спеціально оговорено [2]); нашъ же законъ считаетъ его настолько очевиднымъ, что обходитъ его молчаніемъ, предоставляя полную свободу толкованію [3]).

Указанное ограниченіе является необходимымъ уже по той простой причинѣ, что предоставленіе патентодержателю права контролировать частную жизнь третьихъ лицъ повлекло бы лишь къ крайне незначительному увели-

---

[1]) Ср. Катковъ, ср. cit., стр. 177—179.

[2]) Въ формѣ далеко не точнаго термина (ст. 4) „gewerbmässig“; ср. Kohler, Handbuch, стр. 432—433: „Gewerbe im Sinne des Patentwesens bedeutet eine regelmässige Thätigkeit, die auf eine Vielheit von Personen angelegt ist“. Между тѣмъ, въ рѣшеніи Reichsgericht, 5 ноября 1886, Gareis, VI, стр. 334, прямо указано, что и единичное изготовленіе можетъ быть контрафакціей. „Andernfalls würde jedem gestattet sein, in seinem Gewerbe den Gegenstand der einem Andern patentirten Erfindung wenigstens einmal herzustellen und wenigstens einmal als Handelswaare in Verkehr zu bringen.“ — Вѣрный критерій заключается, очевидно, не въ понятіи промысла, а въ указанномъ въ текстѣ ограниченіи; въ этомъ смыслѣ, очень хорошее рѣшеніе Oberlandsgericht Naumburg, 15 декабря 1892, Gareis, X, стр. 122: „Die Gewerbmässigkeit hört erst da auf, wo der rein persönliche Genuss beginnt“; поэтому, для понятія gewerbmässig не имѣетъ значенія, получаетъ ли данное лицо отъ эксплоатаціи какую-нибудь выгоду (Ibidem). — Ср. Прекрасное рѣшеніе Reichsgericht, 13 января 1887, Gareis, VI, стр. 145—157.

[3]) Французскій законъ не содержитъ никакихъ указаній на противоположеніе usage commercial и usage personnel; однако, несмотря на молчаніе закона, оно совершенно послѣдовательно проводится французскою судебною практикою. Ср., впрочемъ, Paris, 23 ноября 1859, Pataille, VII, стр. 37. — Утвержденія Bosio, Privative, стр. 362, 363 и 368 я считаю совершенно непримѣнимыми на практикѣ.

ченію его доходовъ и было бы совершенно несоразмѣрнымъ съ тѣми неудобствами, которыя были бы слѣдствіемъ подобной экономической инквизиціи.

Понятіе дѣйствій «внѣ сферы своей частной жизни», въ виду указанной въ предыдущемъ абзацѣ ratio этого ограниченія, должно быть конструируемо весьма широко. Такъ, во 1-ыхъ, это понятіе несомнѣнно превосходитъ своимъ объемомъ понятіе промысла. Дѣяніе можетъ быть признано контрафакціей, несмотря на то, что оно было совершенно вовсе не въ видѣ промысла. Такъ, несомнѣнно, что купецъ или ресторатеръ, освѣщающіе свою лавку или ресторанъ контрафактными горѣлками, сами совершаютъ контрафакцію, несмотря на то, что ихъ промыселъ заключается вовсе не въ освѣщеніи помѣщеній [1]). Точно такъ же, виновенъ въ контрафакціи владѣлецъ гостинницы, поставившій для посѣтителей контрафактную подъемную машину [2]),—или владѣлецъ пивной, пользующійся контрафактною помпою для поднятія пива [3]).

Во-вторыхъ, понятіе дѣйствій «внѣ сферы частной жизни» шире, чѣмъ понятіе дѣйствій, направленныхъ на полученіе денежной выгоды. Поэтому, подлежатъ уголовной карѣ дѣйствія благотворительныхъ учрежденій, не взимающихъ съ своихъ кліентовъ никакой платы, если эти учрежденія употребляютъ патентованные хирургическіе инструменты, ванны, экипажи, канцелярскія принадлежности и т. д. Въ этомъ отношеніи патентное право составляетъ полную аналогію праву авторскому: полученіе прибыли не имѣетъ рѣшающаго значенія для конструированія контрафакціи.

Положительнымъ критеріумомъ можетъ явиться моментъ планомѣрнаго соприкосновенія съ неопредѣленнымъ количествомъ постороннихъ лицъ. Тамъ, гдѣ моя дѣятельность направлена именно на то, чтобы входить

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ многочисленныя французскія рѣшенія по дѣламъ Ауэра, см. Pataille, Annales, 1897, стр. 298 и сл.

[2]) Cass., 24 іюня 1886 г., Mainié, II, стр. 286.

[3]) Cass., 7 февраля 1873 г. и мн. другія рѣшенія, Mainié, II, стр. 284.

въ общеніе съ неопредѣленнымъ кругомъ лицъ — кончается сфера моей частной личности и, притомъ, кончается она по собственному моему желанію. Поэтому, употребленіе усовершенствованнаго пера можетъ быть контрафакціей со стороны комми-вояжера, если это перо облегчаетъ ему быстрое записываніе получаемыхъ заказовъ; но то же употребленіе, пока оно не выходитъ за предѣлы не-дѣлового кабинета того же лица, явится дѣйствіемъ ненаказуемымъ. Фабрикантъ, который стрижетъ газонъ въ своемъ паркѣ контрафактною машиною, не совершаетъ контрафакціи — кромѣ тѣхъ случаевъ, когда будетъ доказано, что достигаемая красота лужаекъ, напримѣръ, служитъ ему, какъ таковая, для цѣлей рекламы [1]). Студентъ, который изготовляетъ въ химической лабораторіи данный продуктъ защищеннымъ способомъ, долженъ быть освобожденъ отъ наказанія; профессоръ же, который строитъ цѣнность своихъ технологическихъ лекцій именно на выясненіи — путемъ ихъ повторнаго воспроизведенія — всѣхъ деталей патентованнаго процесса, вѣроятно, можетъ быть преслѣдуемъ по ст. 1353 [2]). Наконецъ, сельскій хозяинъ (этотъ вопросъ возбуждалъ много контроверзъ во французской практикѣ), употребляющій контрафактную машину, совершаетъ или не совершаетъ самъ контрафакцію въ зависимости отъ того, должна ли эта машина облегчать производимый имъ планомѣрно (а не въ видѣ исключеній только) сбытъ продуктовъ [3]).

V.

§ 210. Преслѣдованіе виновныхъ въ контрафакціи совершается въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, гражданскимъ или уголовнымъ путемъ, не иначе какъ по жалобѣ потерпѣвшаго.

---

[1]) Mainié, II, стр. 290.
[2]) Mainié, II, стр. 292 и сл.; — Kohler, Handbuch, стр. 435 и сл.
[3]) Ср. United Telephone C. v. Sharples, Wallace, стр. 407.

Указанный принципъ подсудности общимъ судебнымъ установленіямъ выработался лишь въ новѣйшее время. Факультативная конструкція приводила къ совсѣмъ иному рѣшенію вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, если выдача привилегій есть актъ точнѣе не опредѣлимаго милостиваго и справедливаго усмотрѣнія административныхъ властей, то толкованіе объемовъ этой милости наиболѣе естественнымъ образомъ должно принадлежать тѣмъ же административнымъ властямъ: послѣдовательно разсуждая, приходится заранѣе установить не иную подсудность и для всѣхъ нарушеній выданной привилегіи. Соотвѣтственно этому, ст. 9 прусскаго публикандума 1815 года объявляла всѣ споры о контрафакціи—подсудными мѣстнымъ полицейскимъ властямъ (Regierung der Provinz). Болѣе подробно изображенъ тотъ же принципъ въ ст. 33-ей Баварскаго закона 1842: «о правѣ изготовлять, фабриковать или примѣнять изобрѣтеніе въ силу какой-нибудь промышленной привилегіи, объ объемѣ и уничтоженіи этой послѣдней, а также о всякомъ спорѣ, возникающемъ у владѣльцевъ привилегій между собой и съ третьими лицами — рѣшаютъ полицейскія власти».

Австрійскій законъ 1852 г., сохраняя, въ принципѣ, подсудность споровъ о контрафакціи административнымъ судамъ, допускалъ важное нововведеніе: ст. 43 признавала возможность обращаться съ нѣкоторыми преюдиціальными вопросами чисто-цивилистическаго содержанія—къ общимъ гражданскимъ судамъ. Лишь законы 1877 и 1897 г.г. уничтожили, въ Австріи и Германіи, указанные пережитки факультативной конструкціи.

Нельзя, однако, считать, чтобы система подсудности, повсюду нынѣ принятая въ цивилизованныхъ государствахъ, была вполнѣ свободна отъ недостатковъ [1]).

---

[1]) L. Edmunds, „Du jugement des affaires de brevets“, Annuaire, II, 1899, стр. 334; — G. Maillard, „Des juridictions en matière de brevets d'invention“, ibid., IV, 1901, стр. 134; — P. Schmid, „Etude sur les juridictions allemandes en matière de brevets d'invention“, ibid., стр. 141; — J. Iselin, „Des juridictions spéciales en matière de propriété industrielle“, ibid., V, стр. 47.

Эти недостатки объясняются двумя главными причинами. Съ одной стороны, патентныя дѣла, въ большинствѣ случаевъ, характеризуются такою сложностью специфико-технологическихъ подробностей, что судьямъ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда эксперты умѣло имъ помогаютъ (и не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда экспертиза только запутываетъ судей)—представляется чрезвычайно труднымъ разобраться въ противорѣчивыхъ утвержденіяхъ сторонъ. Трудности эти еще увеличиваются необходимостью чрезвычайно близкаго знакомства съ самою техникою формулировки патентныхъ формулъ [1])—для того, чтобы правильно истолковывать ихъ. Въ виду всего этого не мудрено, что раздавалось такъ много голосовъ въ пользу созданія особыхъ присутствій со смѣшаннымъ составомъ изъ юристовъ и техниковъ. И мнѣ кажется, что эта идея, съ какой бы точки зрѣнія на нее ни смотрѣть, можетъ заслуживать вниманія практиковъ: съ дальнѣйшимъ развитіемъ патентнаго права, суды сами собой придутъ или къ спеціализаціи въ формѣ особыхъ отдѣленій, исключительно вѣдающихъ дѣла о контрафакціи,—или къ особымъ присутствіямъ, съ шефенообразными засѣдателями-технологами. Содѣйствіе обоихъ элементовъ (юристы и техники) необходимо въ обѣихъ стадіяхъ: до и послѣ выдачи патента. У насъ же въ первой стадіи функціонируютъ одни техники безъ единаго юриста [2]), а во второй—одни юристы, безъ единаго техника. Во всякомъ же случаѣ, было бы желательно значительное упорядоченіе экспертнаго дѣла по вопросу о контрафакціяхъ: чего можно было бы достигнуть или учрежденіемъ особыхъ экспертныхъ камеръ, на подобіе тѣхъ, которыя созданы для авторскихъ правъ нѣмецкимъ закономъ 1901 года [3]),—или, проще, привлеченіемъ комитета по техническимъ дѣламъ къ дачѣ заключеній. Послѣдняя

---

[1]) См. книга III, глава 1, passim.
[2]) См. Томъ I, стр. 452.
[3]) Статья 49.

мѣра была предусмотрѣна проектомъ II Положенія [1]), но въ несовсѣмъ удобной формѣ обязательнаго сообщенія всѣхъ дѣлъ на заключеніе Комитета. Понятно, что эта форма привлеченія Комитета къ экспертизѣ вызвала справедливый протестъ министерства юстиціи [2]) и, потому, должна была быть уничтожена. Но идея была, въ существѣ своемъ, правильна: Комитетъ, единственное по своей патентной компетентности учрежденіе въ Россіи, лучше всего призванъ давать авторитетныя экспертныя заключенія. Необходимо было бы лишь установить порядокъ дѣлопроизводства для дачи такихъ заключеній отъ имени Комитета (не предусмотрѣннаго дѣйствующимъ Положеніемъ) и затѣмъ предоставить сторонамъ право требовать отъ Комитета экспертизы, отнюдь не забывая правила, что данное Комитетомъ заключеніе было бы обязательно не ratione imperii, а лишь imperio rationis [3]).

Съ другой стороны, неудобство современной системы

---

[1]) Ст. 10. „Судебныя мѣста, предварительно постановленія по симъ спорамъ окончательнаго рѣшенія, требуютъ заключенія Департамента Торговли и Мануфактуръ, сообщая ему надлежащіе документы."

[2]) Мотивы, стр. 24: „Такое правило, противорѣча основнымъ постановленіямъ судебныхъ уставовъ о несобираніи судомъ никакихъ справокъ (ст. 367 уст. гражд. суд., Т. XVI, ч. I, изд. 1892 г.) и о правахъ его по провѣркѣ доказательствъ (ст. 499), представилось бы и совершенно излишнимъ, въ виду предоставленной самому суду возможности требовать, по просьбѣ тяжущихся, или по своему усмотрѣнію, заключенія экспертовъ (ст. 515 и 526 того же уст.) и присвоенной ему свободы сужденія относительно высказываемыхъ ими мнѣній (ст. 533). Съ другой стороны, при установленіи предлагаемаго проектомъ порядка нельзя не предвидѣть тѣхъ важныхъ неудобствъ, которыя могли бы возникать въ случаѣ признанія судомъ неправильности заключенія названнаго Департамента".

[3]) Еще въ 1858 г. C. Duméry (Examen de la loi etc., Paris, 1858, глава X, passim) указывалъ, что сущность дѣла заключается не въ измѣненіи состава судейскихъ коллегій, а въ повышеніи ценза экспертовъ; — наоборотъ, именно за созданіе особыхъ патентныхъ трибуналовъ высказывались особо рѣзко: Ch. Laboulaye, Dictionnaire des arts et manufactures, Vol. III, Paris, 1886, стр. 87. — Ch. Institute of Patent Agents, Proceedings, V, стр. 49 и IV, стр. 221—235 (Newton); — Kohler, въ Archiv für civilistische Praxis, LXXI, стр. 413;—H. Raclot, Brevets d'inventions etc., Bruxelles, 1897, I, стр. 61; — G. Königs, Das Patentsystem etc., 1876, стр. 75;—M. Wagner und J. Ephraim, Das österreichische Patentgesetz, Berlin, 1897, стр. 78 и мн. др.

подсудности заключается въ дробленіи, въ сущности, одного и того же вопроса о правѣ ихъ патента—между двумя судебными порядками: гражданскимъ и уголовнымъ. Какъ при искахъ объ уничтоженіи патента, такъ и при искахъ о контрафакціи,—споръ всегда идетъ объ установленіи одного и того же объема правъ патентодержателя. При двойной подсудности, поэтому, мыслимы самые непріятные конфликты: гражданскій судъ будетъ понимать права патентодержателя узко и только поэтому откажетъ въ уничтоженіи патента,—а уголовный судъ пойметъ ту же формулу въ гораздо болѣе широкомъ смыслѣ и накажетъ за вторженіе въ такую сферу правъ изобрѣтателя, о которой и не помышлялъ гражданскій судъ. Въ виду этого, крайне желательно, чтобы иски о ничтожности и иски о контрафакціи были подсудны одному и тому же суду [1]). Практически, однако, пожеланіе это можетъ оказаться трудно осуществимымъ.

§ 211. Преслѣдованіе за контрафакцію совершается лишь по жалобѣ потерпѣвшаго и можетъ быть прекращено примиреніемъ. По этому вопросу мы имѣемъ въ уголовномъ законѣ очевиднѣйшій пробѣлъ, такъ какъ въ немъ только что приведенные тезисы не оговорены. Но я думаю, что, несмотря на это молчаніе закона, существо дѣла не позволяетъ намъ дать другого отвѣта, и позволю себѣ по этому поводу воспроизвести мотивировку Неклюдова [2]): «1) Привилегіею гарантируются не государственные или общественные, а исключительно лишь частные интересы; посему въ основѣ наказуемости нарушенія чужихъ привилегій лежитъ начало частнаго имущественнаго интереса, а всѣ проступки съ такою основою ex officio не преслѣдуются; 2) во 2-мъ п. 129 ст. Уст. Фабр. оговаривается спеціально о правѣ привилегированнаго на преслѣдованіе нарушителей,—оговорка, которая не имѣла бы смысла, ежели бы преслѣдованіе

[1]) A. Bolze, Entwurf einer Patent-Novelle, Leipzig, 1890, глава II, стр. 88—98. — Ср. H. Palm, Ueber die Grundlagen eines guten Patentgesetzes, Wien, 1884, стр. 32.

[2]) Op. cit., стр. 440; мотивировка эта, конечно, не безупречна!

по 1353 ст. могло быть возбуждаемо и безъ жалобы потерпѣвшаго; 3) на основаніи 160—161 ст. Уст. Фабр.; изслѣдованіе споровъ по предметамъ привилегій возбуждается не иначе, какъ частною жалобою собственника изобрѣтенія».

VI.

§ 212. Санкціею за нарушеніе чужой привилегіи является, по дѣйствующему праву, штрафъ отъ 100 до 300 рублей, а по проекту — арестъ или штрафъ до 500 рублей.

Кромѣ того—и въ этомъ лежитъ наиболѣе существенная кара,—виновный, конечно, обязанъ возмѣстить убытки.

§ 213. Такимъ образомъ, сводя все сказанное въ настоящей главѣ, я могу указать, что подъ патентной контрафакціей разумѣется умышленное (§§ 204—205) и самовольное (§§ 199—200) осуществленіе правъ, принадлежащихъ патентодержателю (§ 202), совершенное на территоріи государства, выдавшаго патентъ (§§ 206—207), въ такой моментъ, когда этотъ патентъ имѣлъ запретительную силу (§ 208) и въ формѣ такой дѣятельности, которая имѣла цѣлью планомѣрное соприкосновеніе съ неопредѣленнымъ количествомъ третьихъ лицъ (§ 209).

ГЛАВА V.

Прекращеніе правъ изъ патента.

I. § 214. Постановка вопроса. § 215. Юридическое значеніе публикаціи о прекращеніи по старому закону. § 216. Юридическое ихъ значеніе по новому закону.

II. Срочность патентовъ. § 217. Пятнадцатилѣтній срокъ. Сверхсрочное продолженіе патентовъ.

III. Солидарность патентовъ. § 218. Критическій анализъ. Мотивація солидарности. § 219. Критическій анализъ. Практическое значеніе солидарности. § 220. Догматическій анализъ. Условія примѣненія солидарности. § 221. Содержаніе понятія солидарности. § 222. Выводы.

IV. Экспропріація. § 223. Положеніе вопроса въ проектѣ 1895 года.

V. Неуплата пошлинъ. § 224. Значеніе уплаты и извѣщенія объ уплатѣ. § 225. Цифровыя данныя.

VI. Неприведеніе въ дѣйствіе. § 226. Значеніе неудостовѣреннаго приведенія въ дѣйствіе. § 227. Значеніе удостовѣреній. § 228. Значеніе публикаціи о прекращеніи за неприведеніе въ дѣйствіе. § 229. Сенатскій указъ 1875 года.

VII. Добровольный отказъ. § 230. Русское законодательство.

I.

§ 214. Выданный патентъ долженъ, въ извѣстный моментъ, прекратиться: патентное право, по самому существу своему, есть право срочное.

Причины прекращенія патентовъ распадаются на двѣ большія группы: въ первую мы поставимъ тѣ, которыя не находятся ни въ какой связи съ волей патентодержателя, а во вторую—тѣ, которыя являются слѣдствіемъ нѣкоторыхъ его дѣйствій или упущеній. Къ первой группѣ принадлежатъ: общій патентный срокъ (естественная смерть патента), прекращеніе по солидар-

ности и экспропріація. Ко второй группѣ—прекращеніе за неуплату пошлинъ, прекращеніе за неприведеніе въ дѣйствіе и добровольный отказъ патентодержателя. Экспропріація и отказъ, какъ будетъ показано ниже [1]), неизвѣстны нашему праву.

§ 215. Раньше чѣмъ переходить къ детальному разсмотрѣнію случаевъ прекращенія, мнѣ необходимо сдѣлать одно общее замѣчаніе. Прекращеніе привилегій, обыкновенно, доводится до свѣдѣнія публики путемъ публикацій; и вотъ, юридическое значеніе этихъ послѣднихъ является весьма спорнымъ. Дѣло въ томъ, что старый Уставъ Промышленности регулировалъ эти публикаціи весьма неудачно редактированною статьею, гласившею: «Ст. 198. Во всѣхъ исчисленныхъ въ предшедшей (197) статьѣ случаяхъ, Департаментъ, выдавшій привилегію, немедленно обнародываетъ въ публичныхъ вѣдомостяхъ обѣихъ столицъ и въ Варшавскомъ Дневникѣ о прекращеніи привилегіи, и тогда всякій имѣетъ уже право безпрепятственно пользоваться тѣмъ открытіемъ, изобрѣтеніемъ или усовершенствованіемъ, на которое выдана была привилегія».

Трудность толкованія приведенной статьи заключается въ слѣдующемъ: если понимать подчеркнутыя слова «и тогда всякій имѣетъ и т. д.»—буквально, то мы придемъ къ заключенію, что до производства публикаціи никто не можетъ пользоваться безпрепятственно хотя бы и прекратившеюся привилегіею. Иными словами: что публикаціи о прекращеніи привилегіи имѣютъ конститутивное значеніе. Такое толкованіе было довольно упрочившимся въ административной практикѣ, и между прочимъ, оно даже опиралось на одинъ старый указъ I Департамента Прав. Сената, по дѣлу о прекращеніи привилегій. Такъ какъ по данному вопросу существовало несомнѣнное противорѣчіе между означенной практикой и практикой Кассаціонныхъ Департаментовъ, то я позволю себѣ привести упомянутый указъ (21 января

[1]) Ср. § 223 и 230.

1875 г.), до сихъ поръ нигдѣ не напечатанный,—цѣликомъ, несмотря на его длинноту. Онъ представляетъ интересъ во многихъ отношеніяхъ.

Разрѣшенію Правительствующаго Сената въ настоящемъ дѣлѣ, по содержанію принесенной повѣреннымъ австрійскаго подданнаго Ж. Р. жалобы, подлежитъ вопросъ о томъ, можетъ ли выданная Правительствомъ привилегія на изобрѣтеніе или открытіе считаться прекратившеюся единственно и непосредственно—вслѣдствіе непредставленія, въ установленный срокъ, лицомъ, получившимъ таковую, удостовѣренія о приведеніи привилегіи въ полное дѣйствіе. Обращаясь, для разрѣшенія сего вопроса, къ точному смыслу законовъ (2 ч. XI т.), опредѣляющихъ существо привилегій на изобрѣтенія и открытія, порядокъ ихъ установленія и способы прекращенія, Правительствующій Сенатъ находитъ, что по силѣ 126 и 129 ст. 2 ч. XI т., привилегія, по существу своему, предоставляетъ лицу, ее получившему, исключительное право пользоваться сдѣланнымъ изобрѣтеніемъ или открытіемъ, какъ своею собственностью, въ продолженіе назначеннаго времени, и что самая привилегія и срокъ ея дѣйствія согласно 149, 150 и 151 ст. тѣхъ же тома и части, установляются выдачею отъ Правительства надлежащаго о семъ акта лицу, коимъ испрашивается привилегія и пропечатаніемъ о томъ въ публичныхъ вѣдомостяхъ для всеобщаго свѣдѣнія. Что же касается способовъ прекращенія привилегій, то хотя въ 158 ст. 2 ч. XI т. и исчислены случаи, въ коихъ привилегіи прекращаются, и въ числѣ прочихъ указано (въ п. е) на представленіе лицомъ, получившимъ привилегію,—въ шестимѣсячный срокъ, установленнаго 152 ст. удостовѣренія мѣстнаго начальства о приведеніи привилегіи въ существенное дѣйствіе, но изъ точнаго смысла приведенной статьи нельзя вывести заключенія о томъ, чтобы, въ случаѣ неисполненія требованія 152 ст. въ шестимѣсячный срокъ, привилегія, получившая дѣйствительное осуществленіе, сама собою, въ силу истеченія сего срока должна считаться прекратившеюся. Напротивъ того, въ послѣдующей 159 ст. постановлено: «Во всѣхъ вышеозначенныхъ случаяхъ, (служащихъ по закону поводомъ къ прекращенію привилегіи), Департаментъ, выдавшій привилегію немедленно обнародываетъ въ публичныхъ вѣдомостяхъ о прекращеніи привилегіи, и тогда всякій имѣетъ уже право безпрепятственно пользоваться тѣмъ открытіемъ, на которое выдана привилегія». Буквальный смыслъ приведенной статьи убѣждаетъ въ томъ, что право безпрепятственнаго и независимо отъ собственника пользованія открытіемъ, на которое выдана привилегія, возникаетъ для всѣхъ и каждаго лишь послѣ обнародованія въ публичныхъ вѣдомостяхъ о ея прекращеніи и что по сему привилегія, какъ право исключительнаго пользованія открытіемъ, можетъ считаться окончательно прекратившею свою силу и дѣйствіе не прежде, какъ по обнародованіи установленнымъ порядкомъ о прекращеніи привилегіи. Изъ сопоставленія такимъ образомъ, приводимой Министерствомъ Финансовъ 158 съ послѣдующею 159 ст. оказывается, что первая изъ нихъ установляетъ лишь основанія и поводы къ прекращенію привилегіи, а послѣдняя указываетъ самый способъ и порядокъ прекращенія посредствомъ обнародованія, причемъ соблюденіе этой формы представляется настолько существеннымъ, что въ случаѣ не обнародованія

въ публичныхъ вѣдомостяхъ о прекращеніи привилегіи, послѣдняя, будучи исключительнымъ правомъ пользоваться открытіемъ, сохраняетъ какъ это видно изъ прямого смысла 159 ст., полную свою силу, несмотря на возникновеніе указаннаго въ законѣ повода къ ея прекращенію. Такой выводъ, независимо отъ буквальнаго смысла приведенныхъ статей подтверждается еще и тѣмъ соображеніемъ, что всякая привилегія, установленная по закону актомъ Правительства, получаетъ обязательную для всѣхъ силу закона только послѣ обнародованія ея для всеобщаго извѣстія въ публичныхъ вѣдомостяхъ, а потому, очевидно, должна считаться существующею дотолѣ, пока Правительство тѣмъ же путемъ обнародованія въ публичныхъ вѣдомостяхъ не объявитъ для всеобщаго свѣдѣнія о прекращеніи привилегіи. Независимо отъ этихъ чисто формальныхъ соображеній, Правительствующій Сенатъ находитъ, что право лица на свое изобрѣтеніе, по свойству своему представляетъ собою самый неоспоримый, самый священный и самый неприкосновенный видъ права собственности, такъ какъ всякое серьезное и полезное въ области наукъ или техническаго ихъ примѣненія открытіе является непосредственнымъ плодомъ трудовъ, изысканій или творческой способности, а иногда и не малыхъ предварительныхъ затратъ изобрѣтателя, а потому оно несомнѣнно заслуживало бы, по меньшей мѣрѣ, одинаковаго со всѣми прочими видами собственности законнаго огражденія, если бы въ практикѣ не приходило въ столкновеніе съ двумя неблагопріятными для него обстоятельствами: во-первыхъ, съ затрудненіемъ безсрочно обезпечить за изобрѣтателемъ исключительное пользованіе своимъ изобрѣтеніемъ, иначе сказать, гарантировать его отъ поддѣлки или, такъ называемой, контрафакціи и, во-вторыхъ, съ общественнымъ интересомъ, не допускающимъ, чтобы общеполезное открытіе оставалось навсегда частною монополіею. Вотъ почему, всѣ законодательства пришли къ необходимости обусловить естественное право изобрѣтателя на исключительную эксплоатацію своей привилегіи соблюденіемъ нѣкоторыхъ формальностей, и опредѣленіемъ срокомъ, съ истеченіемъ коего оно дѣлается общимъ достояніемъ всѣхъ и каждаго.

Разсматривая настоящій вопросъ съ этой точки зрѣнія, Правительствующій Сенатъ находитъ, что изъ двухъ помѣщенныхъ въ вышеприведенной 152 ст. требованій, одно, первое, т.-е. дѣйствительное и въ установленный срокъ примѣненіе выданной привилегіи, имѣетъ существенную важность, не исполненіе коего влечетъ за собою безвозвратную утрату пріобрѣтеннаго права, несоблюденіе же второго, т.-е. представленія удостовѣренія мѣстнаго начальства,—составляющаго лишь формальное послѣдствіе и дополненіе перваго,—не можетъ служить поводомъ къ лишенію изобрѣтателя выданной ему привилегіи когда, какъ въ данномъ случаѣ, подлежащій Департаментъ, съ своей стороны, нарушилъ установленное въ 159 ст. того же устава правило о немедленной въ вѣдомостяхъ публикаціи, а тѣмъ болѣе, когда обстоятельствами дѣла несомнѣнно доказывается, что патентованное изобрѣтеніе, не только до срока примѣнено на практикѣ, но и въ значительныхъ еще размѣрахъ, что оно, по послѣдствіямъ своимъ, произвело до извѣстной степени, переворотъ въ свеклосахарной промышленности всей Европы, и что Министерство Финансовъ, наконецъ,—помимо всякаго со стороны изобрѣтателя извѣщенія—силою самого закона было обязано знать о семъ, и дѣйствительно знало, что

изобрѣтенная Ж. Р. диффузія уже въ 1868 г. была введена на нѣсколькихъ заводахъ Царства Польскаго и западнаго края. Обязанность же Министерства имѣть точныя свѣдѣнія о всякомъ примѣнимомъ на свеклосахарныхъ заводахъ новомъ сокодобывательномъ способѣ и снарядѣ, могущемъ повліять на размѣръ взимаемаго акциза, ясно выражена въ 24 ст. Уст. акц. (по прод. 1868 г.), а фактическое со стороны Министерства знаніе къ концу 1868 г. о результатахъ системы Р., явствуетъ изъ таблицы, находящейся на 154 стр. печатнаго доклада комиссіи изъ коей видно, что особо,—съ этою цѣлью,—командированные Министерствомъ Финансовъ техники изучали диффузію на семи заводахъ въ производство 1868 г., т.-е. во всякомъ случаѣ до истеченія для Ж. Р. опредѣленнаго 152 ст. крайняго по выданной ему привилегіи срока. Руководствуясь сими соображеніями, Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ: означенное постановленіе Министерства Финансовъ, коимъ привилегія Р. признана прекратившею свою силу и дѣйствіе отмѣнить со всѣми послѣдствіями».

Я покуда оставляю совершеннно безъ разсмотрѣнія вопросъ о томъ значеніи, которое можетъ имѣть, для прекращенія привилегіи, представленіе или непредставленіе удостовѣренія о приведеніи въ дѣйствіе. Объ этомъ я подробно буду говорить ниже [1]) и тамъ вернусь еще разъ къ закону 1875 года. Здѣсь же, сосредоточивая все вниманіе читателя лишь на вопросѣ о юридическомъ значеніи публикацій, я позволю себѣ изобразить, въ видѣ дополненія, какъ смотрѣлъ на тотъ же вопросъ гражданскій кассаціонный департаментъ сената.

Вопросъ о значеніи публикацій былъ затронутъ впервые, если не ошибаюсь, въ рѣшеніи по дѣлу Гофмана съ Габаемъ (гражд. касс., 1879, № 112), но лишь косвеннымъ образомъ. А именно, палатское рѣшеніе высказалось за конститутивность публикацій: въ виду того, что, «департаментомъ, выдавшимъ Гофману привилегію, не было обнародовано, какъ того требуетъ 159 ст уст. о пром. фабр. и завод., въ публичныхъ вѣдомостяхъ о прекращеніи этой привилегіи, то въ такомъ положеніи дѣла очевидно слѣдуетъ признать, что во время устройства Габаемъ кольцевидной печи и предъявленія къ нему Гофманомъ иска существовала привилегія, слѣдовательно Габай и не имѣлъ никакого права пользоваться таковымъ изобрѣтеніемъ Гофмана».

[1]) См. § 229.

Такимъ образомъ, палата становилась на точку зрѣнія указа 1875 года. Хотя и было несомнѣнно, что въ моментъ вчиненія преслѣдованія имѣлись налицо обстоятельства, дѣлавшія привилегію недѣйствительною, — однако палата все-таки признавала привилегію существующею и производящею пенальную функцію,—въ виду отсутствія (конститутивныхъ) публикацій. Сенатъ кассировалъ рѣшенія палаты по другимъ поводамъ и въ этотъ разъ не обсуждалъ вопроса о публикаціяхъ.

Въ рѣшеніи по дѣлу Гофмана съ Бѣляевымъ (гражд. касс.. 1881 г., № 160) вопросъ о публикаціяхъ былъ снова выдвинутъ на сцену. Кассаторъ указывалъ, что «по ст. 104 уст. фабр., право свободнаго пользованія привилегіею (sic) наступаетъ лишь послѣ публикаціи о ея прекращеніи, и что цѣль этого закона заключается не въ формальномъ оповѣщеніи, какъ полагаетъ противная сторона, а въ томъ, чтобы лицу, получившему привилегію, было обезпечено пользованіе ею впредь до судебнаго опредѣленія о прекращеніи привилегіи». Сенатъ вторично уклонился отъ обсужденія щекотливаго пункта, сославшись на аргументы о «существѣ» дѣла (сходство и несходство двухъ печей).

Наконецъ, въ рѣшеніи по дѣлу Гофмана съ Габаемъ, вторично вернувшемуся въ Сенатъ (гражд. касс., 1882 г., № 20), вопросъ былъ рѣшенъ слѣдующимъ образомъ: «въ ст. 103 и 104 уст. о пром., изд. 1879 г., говорится только о случаяхъ прекращенія привилегіи для всѣхъ и каждаго, что̀ не препятствуетъ однакожъ всякому, привлекаемому къ отвѣтственности за нарушеніе привилегіи, доказывать и до прекращенія ея, что въ его дѣйствіяхъ не содержится такого нарушенія». Въ этомъ рѣшеніи Сенатъ, слѣдовательно, становится на точку зрѣнія декларативныхъ публикацій. Но такъ какъ ясный смыслъ ст. 198-ой [1]) являлся значительнымъ препятствіемъ для такого толкованія, то Сенатъ и прибѣгъ къ нѣкотораго рода фикціи. Для всѣхъ и каждаго

[1]) См. выше, стр. 204.

привилегія прекращается производствомъ публикаціи «и тогда всякій имѣетъ уже право безпрепятственно пользоваться изобрѣтеніемъ»; однако «и до прекращенія» всякій, привлекаемый къ отвѣтственности, можетъ доказывать, что въ дѣйствіяхъ его не содержится нарушенія. Такимъ образомъ, получается странный юридическій образъ: привилегія не прекращена, но и не дѣйствуетъ. Не говоря уже объ искусственности такой фикціи [1]), я думаю, что она противорѣчитъ и точному смыслу статьи 198-ой.

Несмотря на все изложенное, я, все-таки, не колеблясь, утверждаю, что кассаціонное рѣшеніе болѣе правильно, чѣмъ законъ 1875 года. Публикаціи о прекращеніи не могутъ имѣть конститутивнаго значенія. Конецъ же статьи 198-ой составляетъ редакціонную ошибку, излишнюю многорѣчивость стиля, вовсе не имѣвшую того колоссальнаго юридическаго значенія, которое мы могли бы вложить въ него теперь, при болѣе развитой современной законодательной техникѣ.

Публикація по ст. 198-ой не можетъ имѣть конститутивнаго значенія. Не нужно забывать, что эти публикаціи производились во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьею 197-ою, т.-е., между прочимъ, и въ случаѣ прекращенія патента вслѣдствіе истеченія того срока, на который онъ былъ выданъ (ст. 197, п. 1). Слѣдовательно, становясь на точку зрѣнія конститутивности, пришлось бы признать, что, если патентъ былъ выданъ 1 января 1889 г. на десять лѣтъ, а публикація была произведена лишь 1 мая 1899 года,—то пользовавшійся изобрѣтеніемъ въ промежутокъ со 2-го января по 1 мая 1899 г.—совершилъ бы контрафакцію. И это толкованіе привело бы насъ къ произвольному удлиненію сроковъ привилегій, въ зависимости отъ того, когда Отдѣлу заблагоразсудится совершить публикацію.

Въ виду всего этого, я считаю, что ст. 198-ую

---

[1]) Она имѣетъ, впрочемъ, аналогію во французскомъ правѣ.

нужно толковать, съ уплатою нѣкоторой дани неточности ея редакціи, слѣдующимъ образомъ: привилегіи прекращаются наступленіемъ тѣхъ событій, которыя перечислены въ ст. 197-ой; производство же публикаціи по ст. 198-ой даетъ этому прекращенію нѣкоторую санкцію, въ томъ смыслѣ, что послѣ производства публикаціи onus probandi прекращенія слагается съ конкуррентовъ и перекладывается, въ формѣ обязанности доказать, что привилегія еще находится въ силѣ (если это возможно . . .) — на патентодержателя. Въ этомъ смыслѣ, конкурренты могутъ фабриковать, послѣ производства публикацій, безпрепятственно, а до производства—не безпрепятственно, въ смыслѣ возможности иска и необходимости доказывать, что привилегія уже прекратилась, несмотря на не произведенныя еще публикаціи. Такая конструкція ст. 198-ой, конечно, гораздо болѣе безъискуственна чѣмъ та, которую даетъ сенатское рѣшеніе 1882 года.

§ 216. Таковъ, по моему мнѣнію, былъ смыслъ статьи 198-й стараго Устава. Въ своемъ проектѣ, Министерство помѣстило статью 18-ую, составляющую пересказъ ст. 198-ой, съ сохраненіемъ загадочной прибавки: «О прекращеніи привилегій публикуется во всеобщее свѣдѣніе, и тогда всякій имѣетъ право безпрепятственно пользоваться тѣмъ изобрѣтеніемъ или усовершенствованіемъ, на которое была выдана привилегія». Государственный Совѣтъ вычеркнулъ эту статью. Причины, мотивировавшія это уничтоженіе статьи 18-ой проекта III, были изложены мною выше [1]). Правда, онѣ не имѣютъ никакого отношенія къ разбираемому вопросу. Однако, я думаю, что самая строгая герменевтика дозволитъ намъ признать уничтоженіе 18-ой статьи—рѣшающимъ для даннаго вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, уже при наличности текста 198-ой статьи, производившей — надо признать—значительное давленіе въ пользу конститутивности публикацій, суды пришли, въ концѣ кон-

[1]) См. стр. 11, прим. *).

цовъ, къ декларативной конструкціи, единой естественной и справедливой. Слѣдовательно, тѣмъ паче должны мы предположить, что то же толкованіе будетъ принято и относительно нынѣшней 29-ой статьи, съ грамматической точки зрѣнія редактированной безупречно. «Привилегіи прекращаются»—гласитъ она — наступленіемъ извѣстныхъ событій. А затѣмъ о совершившемся прекращеніи производятся публикаціи. Если бы законъ хотѣлъ установить конститутивную публикацію, то онъ неминуемо долженъ былъ бы сказать: «прекращеніе привилегій совершается путемъ припечатанія объявленій».

Итакъ, резюмируя всѣ мои длинныя разсужденія, я могу сказать, что практика безусловно ошибается, предполагая, что привилегія дѣйствуетъ вплоть до того момента, когда объ ея прекращеніи будетъ произведена публикація. Наоборотъ, я думаю, что привилегіи прекращаются наступленіемъ или ненаступленіемъ изложенныхъ въ ст. 29-ой событій, а публикаціи имѣютъ значеніе лишь оповѣщеній. Впрочемъ, имъ можетъ быть присвоено также и нѣкоторое процессуальное значеніе въ указанномъ выше смыслѣ [1]).

II.

§ 217. Первымъ и наиболѣе безусловнымъ случаемъ прекращенія привилегій является ихъ естественная смерть, истеченіе того срока жизни, который имъ положенъ. По Уставу, привилегіи, умирали не позднѣе 10 лѣтъ. Проектъ III вводилъ 12-лѣтній срокъ [2]), а

---

[1]) См. стр. 210.

[2]) Мотивы, стр. 109 и 110: „Принимая во вниманіе, что сроки, коими ограничено заграницею право собственности на новыя изобрѣтенія и усовершенствованія, вообще, продолжительнѣе, нежели у насъ въ Россіи, а между тѣмъ, при дальности нашихъ разстояній, малой подвижности у насъ капиталовъ и меньшемъ, вообще, развитіи нашей промышленности, время, необходимое на соотвѣтственное примѣненіе къ практикѣ и распространеніе изобрѣтенія, бываетъ, обыкновенно, болѣе продолжительнымъ, — представлялось бы необходимымъ сроки дѣйствія привилегій, выдаваемыхъ

Государственный Совѣтъ увеличилъ его до 15 лѣтъ со дня подписанія патента [1]), т.-е. до нормы наиболѣе употребительной въ иностранныхъ законодательствахъ [2]).

Всякій такой срокъ является, конечно, въ значительной степени произвольнымъ: изобрѣтатели заинтересованы въ возможно большемъ его удлиненіи [3]), интересы же публики требуютъ обратнаго. Компромиссъ можетъ быть лишь болѣе или менѣе приблизительнымъ. Къ тому же, разныя изобрѣтенія требуютъ разной защиты: 15 лѣтъ можетъ быть срокомъ слишкомъ длиннымъ для мелкихъ галантерейныхъ изобрѣтеній, и слишкомъ малымъ для крупныхъ нововведеній [4]). Въ

въ Россіи, увеличить. Срокъ этотъ, по мнѣнію Министра Финансовъ, долженъ быть опредѣленъ 12-лѣтнимъ. Къ установленію болѣе продолжительнаго срока едва ли настояла бы надобность, такъ какъ въ иностранныхъ государствахъ, гдѣ установлены близкіе къ указанному сроки, по истеченіи 12 лѣтъ остается въ силѣ менѣе или около 1% выданныхъ привилегій, а по даннымъ германской статистики оказывается, что число привилегій, не утратившихъ своей силы въ теченіе всѣхъ 15 лѣтъ, составляетъ всего 0,3%".

[1]) Изъ журнала Госуд. Совѣта, стр. 5: „По мнѣнію Департаментовъ, указанный предѣльный срокъ дѣйствія привилегій, уступающій по своей продолжительности срокамъ, принятымъ во всѣхъ иностранныхъ государствахъ . . . представляется слишкомъ краткимъ, тѣмъ болѣе, что промежутокъ времени между выдачею охранительнаго свидѣтельства, съ которой начинается пользованіе изобрѣтеніемъ или усовершенствованіемъ, и выдачею патента на привилегію по новымъ правиламъ значительно сократится, такъ какъ самая процедура выдачи привилегій будетъ, надо надѣяться, совершаться скорѣе, чѣмъ при существующемъ порядкѣ. Въ виду сего и принимая во вниманіе, что краткость установленнаго нынѣ десятилѣтняго срока дѣйствія привилегій была предметомъ наиболѣе настойчивыхъ жалобъ со стороны заинтересованныхъ лицъ и учрежденій, Департаменты находятъ, что этотъ срокъ долженъ быть увеличенъ по крайней мѣрѣ до пятнадцати лѣтъ."

[2]) Подробный списокъ, см. Kohler, Handbuch, стр. 659—661.

[3]) Не говоря уже о такихъ крайностяхъ, какъ требованія вѣчной защиты (Jobard и другіе, см. томъ I, стр. 116) — можно указать, что проектъ Olsen de Sönderland, поданный въ норвежскій стортингъ, требовалъ защиты въ теченіе 50 лѣтъ со дня смерти изобрѣтателя (Pzpr. Ind. X, стр. 66);—Casalonga (De quelques principes des lois françaises et étrangères sur les brevets d'invention, Paris. 1892, стр. 4) требуетъ 30 лѣтъ.

[4]) F. Duméry (Dictionnaire des arts et manufactures, Vol. III, 1886, стр. 82—83): „Quinze ans après la découverte du gaz, combien y avait-il de becs allumés? Quinze ans après l'invention de Fulton combien possédions-nous de bateaux à vapeur?"

видѣ общаго правила можно выставить тезисъ, что патентная защита должна быть тѣмъ длиннѣе, чѣмъ медленнѣе бьется пульсъ промышленной жизни данной страны. Для исключительно же важныхъ изобрѣтеній можно допустить, особенно длинную защиту, путемъ изданія спеціальныхъ законовъ.

По этому послѣднему вопросу дѣйствующее Положеніе нѣсколько отличается отъ Устава. Ст. 186-ая этого послѣдняго категорически запрещала продленіе разъ выданной привилегіи [1]). Однако, несмотря на всю абсолютность этой статьи, практическаго значенія она никакого не имѣла: само собою разумѣется, что продленіе привилегіи могло бы быть совершено лишь путемъ legis specialis, который, какъ таковой, по необходимости отмѣнялъ бы предшествующую общую норму. А такъ какъ у насъ нѣтъ «связаннаго» законодательства, то ст. 186-ая и не могла имѣть никакого практическаго значенія. Впрочемъ, de facto, привилегіи никогда продляемы не были.

Дѣйствующее Положеніе, болѣе благоразумно, молчитъ по данному вопросу,—и мы должны признать, что продленіе русской привилегіи сверхъ общаго срока есть вещь возможная, хотя и трудно исполнимая. Аналогично положеніе дѣла: во Франціи [2]), въ Германіи [3]), въ Австріи [4]), въ С. Штатахъ. Въ Англіи процедура испрошенія спеціальнаго акта о продленіи—регулирована въ законѣ [5]).

---

[1]) Ст. 186. „Срокъ привилегіи ни въ какомъ случаѣ продолженъ быть не можетъ."

[2]) О продленіи двухъ патентовъ Sax'a см. Pataille, Ann., VI, стр. 321 и сл. — О продленіи патента Bouchérie, см. ibidem, II, стр. 229—237. Другихъ примѣровъ, кажется, нѣтъ.

[3]) Kohler, Handbuch, стр. 661.

[4]) Beck (Patentrecht, стр. 200, прим. 1) приводитъ лишь одинъ примѣръ продленія патента (за 40 лѣтъ).

[5]) Ср. Frost, op. cit., стр. 405—440; — Johnson, op. cit., стр. 209—215; — Norton Lawson, op. cit., стр. 31—47; — J. F. Waggett, The law and practice relating to the prolongation of the term of Patents etc., London, 1887; — A. Newton, „The Extension of expiring Patents", въ Proceedings,

III.

§ 218. Вторымъ способомъ прекращенія патентовъ является прекращеніе вслѣдствіе «солидарности» съ иностраннымъ патентомъ. Объ этой солидарности, статья 16-ая содержитъ такого рода постановленіе: «Дѣйствіе привилегіи на изобрѣтеніе или усовершенствованіе, привилегированное уже за границею до дня подачи прошенія о выдачѣ привилегіи въ Россіи, не можетъ простираться долѣе срока иностранной привилегіи,а если изобрѣтеніе или усовершенствованіе было привилегировано въ нѣсколькихъ иностранныхъ государствахъ, то дѣйствіе привилегіи въ Россіи прекращается съ истеченіемъ кратчайшаго срока, на который была выдана привилегія за границею».

Несмотря на то, что постановленія о солидарности имѣются, кромѣ русскаго, еще и въ нѣкоторыхъ иностранныхъ законахъ,—подъискать разумное основаніе для этого института довольно трудно. Dupin, предлагая, въ 1843 г., ввести солидарность во французское законодательство, мотивировалъ ее, въ своемъ докладѣ, слѣдующимъ образомъ: «невозможно допустить, чтобы защита, гарантированная французскимъ закономъ, могла бы превратиться въ источникъ стѣсненій для французской промышленности;—чтобы искусственная монополія подавляла во Франціи такое производство, которое повсюду заграницей было бы свободно [1])». Приблизительно въ этомъ же смыслѣ высказывается немного позднѣе и Kleinschrod: «выданная иностранному изобрѣтателю привилегія ни въ какомъ случаѣ не должна оставаться въ силѣ дальше того срока, въ теченіе котораго данное изобрѣтеніе будетъ защищено на родинѣ, ибо нѣтъ рѣшительно никакого основанія

XV, стр. 153—163;—G. J. Wheeler, Notes on the prolongation of letters patent for inventions, London, 1898.

[1]) Dupin, Rapport, III, Moniteur Officiel, 7 іюня 1843 г.

обращаться съ иностранцами болѣе либерально, чѣмъ какъ обращается съ ними собственное ихъ законодательство [1])». И, наконецъ, въ 1885 г. Beck высказывается такъ: «необходимо предоставлять мѣстной промышленности свободное пользованіе изобрѣтеніями, съ того момента, какъ они сдѣлались свободными заграницей [2])».

Итакъ, солидарность патентовъ введена-де для того, чтобы не налагать на мѣстную промышленность путъ въ такой моментъ, когда она является уже свободною заграницей. Это разсужденіе являлось бы, конечно, очень убѣдительнымъ, если бы оно не доказывало большаго, чѣмъ сколько нужно. Въ самомъ дѣлѣ: если наличность мѣстнаго патента, при отсутствіи такового же заграницей, вредна, — то, послѣдовательно, мы должны признать, что патенты въ Россіи возможно выдавать лишь послѣ того, какъ изобрѣтатель заручится таковыми же — во всѣхъ остальныхъ государствахъ земного шара. Ибо иначе мы будемъ именно имѣть случай наличности патента въ Россіи въ такой моментъ, когда то же изобрѣтеніе будетъ свободнымъ въ Германіи или Франціи. Далѣе, столь же послѣдовательно, мы должны прекращать русскій патентъ въ тотъ моментъ, когда одинъ какой-нибудь изъ иностранныхъ патентовъ, взятыхъ указаннымъ выше образомъ, прекратится, хотя бы, на второй годъ своего дѣйствія, напримѣръ, вслѣдствіе неплатежа пошлинъ. Ни первое, ни второе не является возможнымъ: нельзя заставить изобрѣтателя брать патенты во всѣхъ государствахъ земного шара уже потому, что вовсе не вездѣ выдаются патенты (Голландія, Сербія и т. д.); нельзя, затѣмъ, требовать, чтобы изобрѣтатель платилъ тяжелыя пошлины за всѣ имѣющіеся у него патенты, если онъ желаетъ сократить свое произ-

---

[1]) Kleinschrod Die internationale Patentgesetzgebung, Erlangen, 1855, стр. 37.

[2]) Beck, Der Erfindungsschutz in Oesterreich, 2 Aufl., Wien, 1885, стр. 12.

водство и работать данное незначительное изобрѣтеніе только въ Россіи.

Такимъ образомъ, выдача всякаго патента соединена съ наложеніемъ на русскую промышленность тяготы, очевидно, не лежащей на которой-нибудь изъ иностранныхъ промышленностей. Поэтому, оправдывать солидарность такъ, какъ это дѣлаютъ Dupin, Beck и другіе (см. стр. 214)—невозможно. Впрочемъ, нельзя оправдывать ее и такъ, какъ это дѣлаетъ г. Катковъ, который съуживаетъ Дюпеновскій аргументъ, не замѣчая, что это съуживаніе подрѣзаетъ подъ корень самую суть доказательной его силы. Г. Катковъ говоритъ: «Солидарность имѣетъ свои хорошія стороны въ томъ, что 1) ею устраняется связанность русской промышленности съ того времени, когда изобрѣтеніе дѣлается общедоступнымъ въ одной изъ странъ, выдавшихъ соотвѣтствующіе патенты [1])...» Разсужденіе, слѣдовательно, ведется такимъ образомъ: изобрѣтатель воленъ испросить патентъ только въ Россіи,—въ этомъ случаѣ солидарности не бываетъ; иностранное государство вольно вовсе отказать въ выдачѣ соотвѣтствующаго патента,—въ этомъ случаѣ солидарности также не бываетъ; наконецъ, изобрѣтатель воленъ получить патентъ заграницей на 20 лѣтъ, но отказаться отъ него на второй годъ,—и въ этомъ случаѣ ему не грозитъ солидарность. Есть лишь одинъ проклятой случай: если заграницей выданъ патентъ на 5 лѣтъ, то русская привилегія, почему то, приводится въ таинственную связь съ состояніемъ промышленности именно въ этой (а не другой какой) странѣ; въ тотъ моментъ, когда изобрѣтеніе становится «общедоступнымъ» именно въ этой странѣ,—прекращается и русскій патентъ.

Въ такой формѣ, постановленіе ст. 16-ой должно быть признано не имѣющею рѣшительно никакого разумнаго основанія законодательною ошибкою. Отмѣчу, что проекты министерства финансовъ не содержали по-

[1]) Катковъ, op. cit., стр. 206.

становленій о солидарности: она введена совершенно случайно и, повидимому, довольно необдуманно.

§ 219. Лучшимъ доказательствомъ неудачности всякаго стѣснительнаго постановленія можетъ служить та легкость, съ которою его можно обходить. Примѣняя этотъ критерій къ нормамъ о солидарности, мы получимъ въ результатѣ, что эти нормы, при всей ихъ крайней невыгодности для изобрѣтателей, могутъ быть обходимы безъ наличности какого бы то ни было dolus'a. Для того, чтобы не подпасть подъ ударъ солидарности, изобрѣтатель нуждается только въ нѣкоторой дозѣ аккуратности.

Въ самомъ дѣлѣ. Дѣло сводится къ простому ариѳметическому подсчету: если всякій данный патентъ солидаренъ съ тѣми, которые были выданы до его заявки, то избѣжать солидарности можно,—заявляя патенты въ различныхъ странахъ въ порядкѣ постепенности максимальныхъ сроковъ, гарантируемыхъ ихъ законодательствами, и начиная съ самыхъ длинныхъ. Въ виду того, что указанное дѣло нѣсколько усложняется наличностью извѣстныхъ постановленій о новизнѣ (если заявить въ Америкѣ раньше, чѣмъ во Франціи, то французскій патентъ можетъ оказаться ничтожнымъ вслѣдствіе утерянной новизны),—указанная выше задача, на практикѣ, представляется довольно сложною, но не неразрѣшимою. Я не могу отказать себѣ въ удовольствіи воспроизвести цѣликомъ тотъ отвѣтъ, который даетъ одинъ изъ старѣйшихъ и опытнѣйшихъ англійскихъ патентныхъ агентовъ [1]): «подавъ англійскую предварительную спецификацію, необходимо тотчасъ заявить патентъ въ С. Штатахъ. Черезъ 3, максимумъ 6 мѣсяцевъ американскій патентъ будетъ разрѣшенъ къ выдачѣ. Тогда нужно предписать американскому агенту заплатить пошлины и въ точности разузнать, въ какой именно день будетъ подписанъ американскій патентъ. Эта дата должна быть сообщена англійскому

[1]) Imray, въ Proceedings, II, стр. 56.

агенту каблеграммой. Такъ какъ выпускъ американскаго патента составилъ бы уничтожающее новизну разглашеніе, то нѣмецкое и французское описанія, заранѣе изготовленныя, должны быть поданы во Франціи—въ день выпуска американскаго патента, а въ Германіи—наканунѣ (ибо въ этой странѣ патенты обозначаются числомъ, слѣдующимъ за днемъ заявки)». Такимъ образомъ, достаточно обратиться къ хорошему патентному агенту для того, чтобы совершенно парализовать всѣ постановленія о солидарности [1]): послѣднія падаютъ всею своею тяжестью лишь на несвѣдущихъ или на недостаточно богатыхъ изобрѣтателей.

Въ виду всего этого, я, не колеблясь, утверждаю, что неудачное нововведеніе ст. 16-ой должно быть возможно скорѣе уничтожено, и мы должны вернуться къ режиму проекта III [2]). Или надо признать, что выдача патентовъ стѣснительна для промышленности—и тогда надо отмѣнить всѣ патенты вообще; или надо признать, что выдача патентовъ создана для развитія промышленности,—и тогда нельзя ставить русскую защиту въ зависимость отъ того, какъ смотритъ на патенты какой-нибудь чилійскій законъ прошлаго столѣтія [3]).

---

[1]) „Le choix des pays dans lesquels l'inventeur veut prendre des brevets doit être soigneusement débattu en tenant compte des conditions de priorité et de durée qui doivent déterminer l'ordre dans lequel le dépôt des demandes des brevets est effectué". Imer-Schneider, Souvenir de l'Exposition de 1896, стр. 5.

[2]) Противъ солидарности высказывается вся новѣйшая литература. Укажу на наиболѣе рѣзкихъ противниковъ: Mainié, II, стр. 907; — Kohler, „Abhängigkeit der einheimischen von fremden Patenten", въ его Aus dem Patent- und Industrierecht, II, стр. 39—41;—Анкета 1877 года, стр. 63 и 72 (Verlauf und Ergebnisse etc., Berlin, 1877);—H. Palm, Ueber die Grundlagen eines guten Patentgesetzes, Wien, 1884, стр. 20—21;—W. Carpmael, „On the 25-th Section of the Patent Law Amendement Act, 1852", въ Proceedings, I, стр. 57—68.

[3]) Очень хорошо, въ мотивахъ нѣмецкаго закона 1877 года: „In den Patentgesetzgebungen der meisten Staaten ist die Dauer eines inländischen Patentes, wenn bereits vor dessen Ertheilung im Auslande ein Patent auf die Erfindung ertheilt war, von der Dauer des letzteren abhängig gemacht, sofern dieselbe kürzer ist... Der Entwurf hat diesen Grundsatz nicht angenommen. Derselbe hat nur dann Berechtigung, wenn man die Ertheilung

Разсматривая положительныя законодательства, мы видимъ, что солидарность сохранена лишь въ немногихъ, да и то большею частью устарѣлыхъ, законахъ: въ Бразиліи [1]), въ Канадѣ [2]), въ Колумбіи [3]), во Франціи [4]), въ Италіи [5]), въ Люксембургѣ [6]), въ Турціи [7]) и нѣкоторыхъ другихъ.

Солидарность не воспринята въ новыхъ законахъ: шведскомъ, нѣмецкомъ, австрійскомъ и венгерскомъ. Она уничтожена, послѣ долгой борьбы, въ С. Штатахъ [8]) и въ конвенціи 20 мая 1883 г. [9]).

§ 220. Переходя къ догматическому анализу ст. 16-ой, прежде всего отмѣчу, что солидарность опредѣляется наличностью трехъ слѣдующихъ условій: 1) иностранный патентъ, 2) на то же изобрѣтеніе, 3) выданный заграницей до русской заявки.

Ad 1. Вопросъ о томъ, что̀ нужно считать иностраннымъ патентомъ, можетъ представить большія трудности. Дѣло заключается въ слѣдующемъ: защита, дарованная данному изобрѣтенію заграницей, можетъ быть не вполнѣ схожею съ тою, которая гарантируется патентодержателямъ въ Россіи; несходства эти могутъ быть весьма велики. Отвѣчая на вопросъ, составляетъ ли, все-таки, такая защита, несмотря на всѣ свои несходства, именно то, что ст. 16-ая называетъ привилегированіемъ, — мы

---

eines Patents unbedingt als ein Hinderniss für die zweckmässige und umfassende Ausbeutung der Erfindung ansieht. Er macht die Wirkungen des heimischen Rechtes in einer irrationellen Weise von der Gesetzgebung des Auslandes abhängig".

[1]) Законъ 14 октября 1882 г., ст. 5, § 2, 6°; регламентъ 30 декабря 1882 г., ст. 14 и ст. 58, 7°.

[2]) Законъ 1886 г., ст. 8.

[3]) Законъ 13 мая 1869 г., ст. 4.

[4]) Законъ 5 іюня 1844 г., ст. 29.

[5]) Законъ 30 октября 1859 г., ст. 11;—регламентъ 31 января 1864 г., ст. 12.

[6]) Законъ 30 іюня 1880 г., ст. 15, 4°.

[7]) Законъ 18 февраля 1879 г., ст. 35.

[8]) Законъ 3 марта 1897 года.

[9]) См. томъ I, § 78. — Для предшествовавшей контроверзы см. Delhumeau, Thèse, Poitiers, 1889, стр. 155 и Donzel, Commentaire etc., стр. 227—236; Contra E. Cotarelli, Privative, стр. 370—372 и A. Simon, Patentschutz, стр. 65.

будемъ имѣть возможность обратиться къ одному изъ двухъ критеріевъ: или мы обратимъ вниманіе только на форму, т.-е. спросимъ, называется ли такая защита въ той странѣ — защитою патентною; — или же мы перенесемъ центръ тяжести на существо и спросимъ, не настолько ли велики замѣчаемыя отличія, чтобы сдѣлать уподобленіе этой иностранной защиты съ русскою патентною защитою — невозможнымъ. Самая постановка вопроса подсказываетъ намъ отвѣтъ. Конечно, мы должны отдать предпочтеніе не формѣ, а содержанію. Какъ бы ни называлась данная защита заграницей, мы признаемъ ее привилегіею въ смыслѣ ст. 16-ой лишь въ томъ случаѣ, если она будетъ, въ существеннѣйшихъ своихъ чертахъ, соотвѣтствовать тому, что мы, въ Россіи, называемъ патентною защитою [1]).

Конкретно. Нѣкоторые виды изобрѣтеній, патентуемыхъ въ Россіи на основаніи Положенія о привилегіяхъ, получаютъ въ Германіи защиту на основаніи закона о Gebrauchsmuster'ахъ (1 іюня 1891 г.). Аналогичнаго понятія въ русскомъ законодательствѣ не имѣется: наши «фабричные рисунки и модели» (Уст. о промышл., ст. 199 и сл.) соотвѣтствуютъ нѣмецкимъ Geschmaksmuster'амъ, такъ какъ преслѣдуютъ, главнымъ образомъ, эстетическія цѣли, хотя и на поприщѣ фабричной промышленности. Института же Gebrauchsmuster'овъ, т.-е. моделей, дающихъ нѣкоторый техническій или экономическій эффектъ благодаря своей внѣшней формѣ, — мы не знаемъ. Теперь представимъ себѣ, что нѣмецъ, защитившій свое изобрѣтеніе въ Германіи по закону о «полезныхъ моделяхъ», — заявляетъ его къ привилегированію въ Россіи. Подлежитъ ли такой патентъ дѣйствію статьи 16-ой? Я, не колеблясь, отвѣчаю утвердительно. Русскій судъ долженъ обращать вниманіе не на тотъ заголовокъ, подъ которымъ проводится защита заграницей, а на юридическое существо

[1]) Чистѣйшій случай столкновенія, такъ называемыхъ, юридическихъ квалификацій частнаго международнаго права.

этой защиты: иначе иностранное законодательство могло бы создать лазейку для систематическаго обхода ст. 16-ой, выдавая патенты подъ какимъ-нибудь другимъ названіемъ. Намъ нѣтъ дѣла до того, что нѣмцамъ заблагоразсудилось создать для нѣкоторыхъ изобрѣтеній упрощенную защиту (по явочной системѣ) путемъ «полезныхъ моделей». Разъ доказано (а доказать это очень просто!), что законъ о полезныхъ моделяхъ является, въ сущности, сколкомъ съ закона о патентахъ, мы должны признать, что защита въ формѣ Gebrauchsmusterá вліяетъ на солидарность русскихъ привилегій [1]).

Ad 2. Вопросъ о томъ, выданъ ли иностранный патентъ именно на то же самое изобрѣтеніе, есть, конечно, вопросъ факта. Здѣсь я остановлюсь лишь на вопросѣ: кто именно долженъ устанавливать это тождество? Систематическое положеніе ст. 16-ой показываетъ, что установленіе солидарности (а, слѣдовательно, и тождества) есть, прежде всего, обязанность Комитета. Выдавая привилегію, Комитетъ долженъ навести справки [2]) и соотвѣтственно укоротить срокъ выдаваемой русской привилегіи. Если же Комитетъ, почему либо, не испол-

[1]) Соотвѣтственно тому, что было мною сказано о ничтожности патентовъ (см. стр. 24), приходится признать, что если иностранный патентъ былъ выданъ, а потомъ признанъ ничтожнымъ, то таковой патентъ, юридически никогда не существовавшій, не можетъ повліять на примѣненіе ст. 16-й: съ нимъ русскіе патенты не солидарны.

[2]) Одинъ изъ способовъ собиранія такихъ справокъ указанъ въ инструкціи 25 іюня 1896 г., предпослѣдній абзацъ: „Если заявляемое къ привилегированію изобрѣтеніе или усовершенствованіе было уже привилегировано заграницей до дня подачи прошенія о выдачѣ привилегіи въ Россіи (см. ст. 16), то проситель обязанъ приложить къ своему прошенію надлежаще засвидѣтельствованную копію выданной иностранной привилегіи; а если изобрѣтеніе или усовершенствованіе было привилегировано въ нѣсколькихъ иностранныхъ государствахъ, то прилагается копія съ той привилегіи, срокъ дѣйствія коей истекаетъ ранѣе другихъ привилегій, выданныхъ на означенное изобрѣтеніе или усовершенствованіе.“ Къ сожалѣнію, это постановленіе, не обезпеченное никакою санкціею, въ большинствѣ случаевъ, не исполняется: проситель всегда разсчитываетъ, что Комитетъ, можетъ быть, просмотритъ соотвѣтствующую иностранную привилегію: слѣдовательно, утайка свѣдѣній объ иностранныхъ привилегіяхъ обѣщаетъ ему прямую выгоду и не грозитъ никакими вредными послѣдствіями.

нилъ такой своей обязанности, то дальнѣйшая судьба привилегіи переходитъ уже въ руки общихъ судебныхъ установленій [1]).

Ad 3. Иностранный патентъ долженъ быть выданъ до русской заявки. По этому вопросу мы встрѣчаемся съ точно такою же трудностью, какъ и по вопросу объ опредѣленіи понятія иностраннаго патента (см. выше, стр. 220). А именно: по какому закону, русскому или иностранному, будемъ мы опредѣлять, въ какой именно моментъ надо считать выданнымъ иностранный патентъ?

Конкретно [2]). Нѣмецкая привилегія Ауэра № 39162 была заявлена $^{22}/_{10}$ сентября 1885 г., до русской заявки (27-го января 1886 г.), а подписана президентомъ Патентамта послѣ русской заявки. При этомъ, текстъ подлинной нѣмецкой привилегіи имѣетъ надпись, соотвѣтственно постановленіямъ закона 1891 г.: «Patentirt im Deutschen Reiche vom 22 september ab.» Возникалъ, слѣдовательно, трудный юридическій вопросъ: въ Германіи несомнѣнно считаютъ, что изобрѣтеніе Ауэра было тамъ патентовано до момента русской заявки, ибо въ Германіи самое подписаніе патента не имѣетъ конститутивнаго значенія, и срокъ привилегіи исчисляется ретроактивно со дня заявки. Въ Россіи же изобрѣтеніе считается патентованнымъ лишь съ того дня, когда министръ финансовъ подпишетъ бланкъ патента. Слѣдовательно, надо было рѣшить: можно ли обсуждать значеніе нѣмецкой выдачи патента на основаніи русскаго Положенія? И здѣсь, слѣдовательно, мы имѣемъ также дѣло съ случаемъ столкновенія юридическихъ квалификацій, столь нашумѣвшихъ въ послѣднее время въ частномъ международномъ правѣ. Понятіе «выдачи патента» оказывается въ Россіи однимъ, а въ Германіи — другимъ. Возможно ли квалифицировать акты германскаго правительства на основаніи русскихъ законовъ?

---

[1]) Объ этомъ, см. ниже.

[2]) На основаніи указа I Департамента Пр. Сената, по дѣлу Ауэра, 13 мая 1902 г., ср. мою замѣтку въ Правѣ, 1902 г., № 27.

Правительствующій Сенатъ призналъ нужнымъ рѣшить вопросъ съ точки зрѣнія сходства существенныхъ моментовъ, а не однихъ только названій. Онъ нашелъ, что выдачею въ смыслѣ ст. 16-ой нужно считать то, что является выдачей по русской, а не по нѣмецкой квалификаціи. Подлинный указъ гласитъ: «Принимая во вниманіе: 1) что выданная Ауэру привилегія была заявлена въ Россіи 27 января 1886 года, т.-е. ранѣе полученія Ауэромъ германской привилегіи за № 39162, при наличности какового обстоятельства ст. 16 пол. о прив. не можетъ имѣть примѣненія, и 2) что указаніе просителя на то, что въ Германіи срокъ привилегіи исчисляется со дня подачи прошенія о выдачѣ привилегіи, а не со дня самой выдачи, вслѣдствіе чего привилегіи пріобрѣтаютъ обратную силу,—не можетъ имѣть значенія, такъ какъ редакція ст. 16 полож. не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что ограниченіе срока можетъ быть постановлено въ томъ случаѣ, когда изобрѣтеніе уже привилегировано заграницей до дня подачи прошенія о выдачѣ привилегіи въ Россіи, т.-е. когда на изобрѣтеніе къ этому моменту уже существуетъ самая привилегія, а не одна первоначальная заявка, могущая и не получить просимой привилегіи и т. д.».

Несмотря на нѣкоторую легковѣсность мотивировки, приведенное рѣшеніе надо считать правильнымъ. Русскій судъ, дѣйствительно, можетъ оперировать исключительно съ русскими квалификаціями. Если, по общему правилу, недвижимости, расположенныя въ Россіи, подчиняются русскимъ законамъ, то самое понятіе недвижимости можетъ быть подставляемо въ эту конфликтную норму только въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно вытекаетъ изъ русскихъ законовъ. Иначе, можетъ оказаться, что какая-нибудь вилла, налегкѣ построенная бразильянцемъ въ Парголовѣ, должна, допустимъ, считаться по бразильскимъ законамъ движимостью. Пусть подпись президента нѣмецкаго Патентамта не имѣетъ никакого значенія въ Германіи; пусть въ Германіи изо-

брѣтеніе считается патентованнымъ со дня заявки. Русскій законъ и русскіе судьи, говоря о патентованныхъ заграницей изобрѣтеніяхъ могутъ имѣть въ виду только тѣ акты, которые и въ Россіи создали бы патентованность. Правда, такое отношеніе къ вопросу о квалификаціяхъ можетъ создать неисчерпаемую массу затрудненій; однако, противоположное отношеніе создало бы такихъ затрудненій еще больше и совершенно исказило бы смыслъ русскаго законодательства *).

§ 221. Содержаніе института солидарности заключается въ томъ, что въ моментъ «истеченія срока» иностранной привилегіи (a), русскій патентъ «прекращается» (b).

*) Не могу не отмѣтить, что по совершенно аналогичному случаю, Комиссаръ С. Штатовъ пришелъ (Ex parte Smith, 20 декабря 1898 г.) къ діаметрально противоположному рѣшенію. — Дѣло заключалось въ слѣдующемъ: Smith подалъ въ Англіи краткую спецификацію (provisional specification) 28-го августа 1896 г., а полную — 27 іюня 1897 г. — Заявка была „принята“ 31 іюля 1897 г. Въ С. Штатахъ его заявка была сдѣлана 14-го февраля 1898 г. Требовалось (для примѣненія ст. 4887 Rev. Stat.) установить: прошло ли со дня заявки англійскаго патента и до дня американской заявки больше семи мѣсяцевъ, или нѣтъ? Въ видѣ комментарія отмѣчу, что въ Англіи на выданныхъ патентахъ обозначается, какъ день заявки, — день подачи краткой спецификаціи, и что законодательству С. Штатовъ не извѣстно ни понятіе краткой спецификаціи, ни понятіе поданной, но еще не принятой заявки (въ этомъ состояніи, въ данномъ случаѣ, дѣло Smith'а, находилось съ 28 іюня по 31 іюля 1897 г.). Smith утверждалъ, что днемъ заявки англійскаго патента, въ смыслѣ ст. 4887, нужно считать 31 іюля 1897 г. . Комиссаръ не согласился съ нимъ по слѣдующимъ мотивамъ: „Англійскій законъ предписываетъ, что всякій патентъ долженъ быть датированъ по дню заявки; англійскія власти, обозначивъ на данномъ патентѣ, какъ его дату, 28 августа 1896 г., — тѣмъ самымъ указали, когда онъ именно былъ заявленъ. Относительно датъ англійскихъ заявокъ, патентное бюро С. Штатовъ должно принимать то толкованіе, которое даютъ своему закону англійскія власти, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда будетъ доказано, что такое толкованіе повлечетъ нарушеніе американскаго закона.“ Я очень жалѣю, что послѣдняя оговорка лишаетъ данное рѣшеніе всякаго принципіальнаго значенія: иначе можно было бы доказывать, что послѣдовательное примѣненіе принциповъ, изложенныхъ комиссаромъ въ дѣлѣ Smith, привело бы къ невозможнѣйшему юридическому хаосу. Во всякомъ случаѣ, новѣйшая доктрина частнаго международнаго права категорически отрицаетъ возможность руководиться, въ вопросахъ о квалификаціяхъ, чѣмъ-либо инымъ, кромѣ legis fori.

Ad a. Вопросъ о томъ, что, именно, надо считать истеченіемъ срока иностранной привилегіи, — можетъ дать поводъ къ серьезнымъ недоразумѣніямъ. Въ частности, намъ необходимо разсмотрѣть вопросъ: распространяется ли солидарность русскихъ патентовъ съ иностранными, по статьѣ 16-ой, на всѣ случаи прекращенія этихъ послѣднихъ,—или только на нѣкоторые?

Наиболѣе разумнымъ являлся бы первый отвѣтъ: если русская промышленность должна становиться свободною въ тотъ моментъ, когда становится свободною промышленность иностранная, то, послѣдовательно, мы должны прекратить русскій патентъ независимо отъ того, почему освободилась отъ патента иностранная промышленность. Конкретно: если иностранный патентъ прекратился изъ-за неуплаты пошлины или изъ-за неприведенія въ дѣйствіе, хотя бы на второй годъ послѣ его выдачи,—послѣдовательное примѣненіе принципа солидарности должно было бы заставить насъ немедленно прекратить русскій патентъ. Въ этомъ именно смыслѣ и толкуетъ соотвѣтствующее постановленіе закона 1844 года—французская практика: какова бы ни была причина прекращенія иностраннаго патента, французскій патентъ оканчиваетъ свое дѣйствіе въ тотъ же день [1]).

Однако, несмотря на всю разумность такого толкованія, оно не можетъ быть примѣнено къ ст. 16-ой. Она повторно говоритъ о «срокѣ иностранной привилегіи» и о «срокѣ, на который выдана была привилегія заграницей». Подъ срокомъ же, на который была

[1]) „Le brevet, pris d'abord à l'étranger et ensuite en France, ne peut avoir en France une durée plus longue que celle qu'il a à l'etranger, quelle que soit la cause qui met un terme à l'existence du titre étranger". Cassat., 14 января 1864, Pataille, Ann., X, стр. 81.; ср. Cassat., 28 іюня 1881 г, ibid., XXVII, стр. 209;— A. Weiss, Traité de droit international privé, II, стр. 281; — Contra Paris, 17 февраля 1883 г., Pataille, Ann., XXV, стр. 112; — Bozérian, „Des brevets d'invention pris simultanément à l'étranger et en France", въ Journal Clunet, IV, стр. 217—217; — Delhumeau, Thèse, Poitiers, 1889, стр. 53—61.

Это толкованіе создаетъ почти непреодолимыя трудности въ тѣхъ случаяхъ, когда заграничный патентъ уничтожается заграницей лишь въ части. Ср. дѣло Ауэра, Paris, 7 января 1897, Droit, 1897, № 21.

выдана иностранная привилегія, очевидно, можно разумѣть лишь крайній предѣльный срокъ, обозначенный на бланкѣ патента, независимо отъ того, когда фактически прекратилась привилегія: она могла быть выдана на одинъ срокъ, а просуществовать — другой. Указаннаго толкованія придерживается и административная практика: судебныхъ рѣшеній по данному вопросу, насколько мнѣ извѣстно, пока не имѣется [1]).

Итакъ: русскія привилегіи солидарны съ иностранными лишь по отношенію къ тѣмъ максимальнымъ срокамъ, на который послѣднія выданы [2]). Нѣкоторыя сомнѣнія, въ этомъ отношеніи, могутъ вызвать итальянскія привилегіи, которыя выдаются иногда на 1—2 года, но съ правомъ продолженія ихъ дѣйствія, посредствомъ уплаты соотвѣтствующихъ пошлинъ, въ общемъ, на срокъ не свыше 15 лѣтъ. Мнѣ казалось бы, что справедливость требуетъ снисходительнаго отношенія къ такимъ привилегіямъ: выдача на 2 года является въ разбираемомъ случаѣ лишь не точнымъ терминомъ; она вполнѣ соотвѣтствуетъ нашей выдачѣ на 15 лѣтъ съ уплатою пошлинъ за 2 года и съ правомъ факуль-

[1]) По данному вопросу, въ концѣ концовъ, я схожусь съ выводами г. Каткова: но не могу не протестовать противъ его аргументаціи. Г. Катковъ говоритъ (op. cit., стр. 206): „Кромѣ того, въ спеціально посвященной прекращенію силы привилегій ст. 29 нѣтъ указаній на потерю силы русскими патентами лишь вслѣдствіе потери силы соотвѣтствующаго иностраннаго патента; нѣтъ такихъ указаній и въ какой либо другой статьѣ Положенія.“ Этотъ аргументъ выведенъ изъ вполнѣ правильной, методологически, посылки, а именно, что всѣ причины уничтоженія патентовъ должны быть толкуемы ограничительно и строго (это начало я самъ много разъ подчеркивалъ выше, см. стр. 12 и др.). Однако, въ данномъ случаѣ, г. Катковъ, все-таки неправъ: пунктъ 1-ый ст. 29 категорически гласитъ „за истеченіемъ ихъ срока (ст. 16)“. Ссылка на ст. 16-ую, очевидно, доказываетъ, что статью 16-ую нужно брать цѣликомъ, т. е. вмѣстѣ съ постановленіями о солидарности. Кромѣ того, привилегія, выданная вопреки ст. 16-ой, могла бы быть уничтожена еще и по п. 4-му ст. 29-ой (см. выше, стр. 11).

[2]) Такого же толкованія придерживались и американскіе суды въ то время, когда въ С. Штатахъ еще не была отмѣнена солидарность по Rev. Stat., Sect. 4887.—Ср. Paillard v. Bruno (1886) и Holmes Electric Protective C° v. Metropolitan Burglar Alarm C° (1874), Robinson, II, стр. 263.

тативной уплаты пошлинъ за послѣдующіе годы. Такимъ образомъ, эти привилегіи надо считать выданными на тотъ срокъ, въ теченіе коего ихъ держатель можетъ сохранить ихъ въ силѣ, не прибѣгая къ экстраординарнымъ способамъ удлиненія ихъ срока путемъ новаго административнаго или законодательнаго акта.

Послѣдовательно, мы должны признать, что, напримѣръ, англійскія привилегіи, выдаваемыя на 14 лѣтъ, но могущія быть продляемыми путемъ сложной и спеціальной административной процедуры (prolongation), — въ отношеніи солидарности съ русскими патентами, считаются продолжающимися лишь четырнадцать лѣтъ [1]).

§ 222. Ad b. Съ истеченіемъ законнаго срока иностраннаго патента, солидарный съ нимъ русскій патентъ перестаетъ «простирать самое свое дѣйствіе» (ст. 16).

Это выраженіе надо понимать буквально. Русскій патентъ «не можетъ простирать своего дѣйствія» далѣе срока иностранной привилегіи: это значитъ, что въ опредѣленный день онъ кончается ipso facto, внѣ всякихъ о томъ распоряженій со стороны какихъ бы то ни было властей (судебныхъ или административныхъ). Съ этого дня всякій имѣетъ право пользоваться изобрѣтеніемъ: ссылка на солидарность будетъ вполнѣ дѣйствительною эксцепціей, если бы патентодержатель вздумалъ начать искъ о контрафакціи. Если я настаиваю такъ энергично на этомъ обстоятельствѣ, то это происходитъ, опять-таки, вслѣдствіе слишкомъ большой распространенности у насъ конститутивной конструкціи публикаціи о прекращеніи [2]).

Но затѣмъ возникаетъ такой вопросъ: предположимъ, что кто-нибудь имѣетъ интересъ въ томъ, чтобы публикаціи, предусмотрѣнныя ст. 29-ою in fine, все-таки, были произведены. Какимъ путемъ должно дѣйствовать

[1]) Аналогично въ С. Штатахъ: Bate Refrigerating C° v. Gillett (1882). Ср. Robinson, II, стр. 263.

[2]) См. выше стр. 204.

такое лицо? Я думаю, что отвѣтъ не можетъ представить затрудненій: стоитъ только ясно представить себѣ, что дѣло будетъ идти о констатированіи свершившагося факта прекращенія гражданскаго права патентодержателя. Если патентодержатель не оспариваетъ этого, то Комитетъ произведетъ публикаціи безъ дальнѣйшаго разбирательства дѣла. Если же патентодержатель станетъ оспаривать утвержденія того, кто проситъ о производствѣ публикацій, то между этими двумя лицами возникнетъ споръ о наличности гражданскаго права, т.-е. такой споръ, который можетъ быть рѣшенъ—по общимъ началамъ (ст. 1 уст. гр. суд.)—лишь въ судѣ гражданскомъ. И на этомъ самоочевидномъ тезисѣ я не настаивалъ бы, если бы мнѣ не пришлось считаться съ указомъ Пр. Сената [1]), въ коемъ implicite была признана компетентность Комитета разрѣшать споры о прекращеніи привилегій по солидарности съ иностранными патентами. Въ опроверженіе этого указа я долженъ сослаться на то, что мною было изложено въ замѣткѣ, напечатанной въ «Правѣ» [2]). Я ничего не могу прибавить здѣсь къ изложеннымъ мною раньше аргументамъ.

IV.

§ 223. Третьею причиною прекращенія патентнаго права можетъ быть экспропріація. Вопросъ объ экспропріаціи былъ однимъ изъ главныхъ пунктовъ преткновенія при изданіи закона 1896 г.: какъ извѣстно, по этому вопросу министры военный и морской, съ одной стороны, и финансовъ—съ другой не пришли ни къ какому соглашенію.

Между тѣмъ, всякому юристу понятно, что принудительное отчужденіе частной собственности въ виду наличности важныхъ общественныхъ интересовъ—при-

[1]) По тому же дѣлу Ауэра, см. выше, стр. 222.
[2]) Право, 1902 г., № 27.

надлежитъ къ числу совершенно нормальныхъ правовыхъ институтовъ. И если указанный вопросъ возбудилъ, при обсужденіи закона 1896 г., такую бурю, то это произошло по постороннимъ причинамъ.

Выше я излагалъ [1]) исторію возникновенія ст. 176 Уст. Промышленности и борьбы противъ нея. Предлагая уничтожить ее, проектъ II вводилъ статью 12-ую, регламентировавшую экспропріацію изобрѣтеній въ довольно неудачныхъ и неопредѣленныхъ формахъ [2]), примѣнительно къ экспропріаціи недвижимой собственности. Это послѣднее обстоятельство и дало возможность военнымъ министрамъ признать эту статью неосуществимою на практикѣ, въ виду невозможности, будто бы, опредѣлить истинную стоимость изобрѣтеній. «Изобрѣтенія и открытія представляютъ собою предметы совершенно новые, пригодность и стоимость которыхъ, сколько-нибудь отвѣчающая ихъ практическому значенію, можетъ быть опредѣляема ихъ дѣйствительнымъ примѣненіемъ... Недвижимыя имущества представляютъ собою предметы совершенно опредѣленные, для оцѣнки которыхъ имѣется очень много данныхъ и свѣдущихъ для такой оцѣнки лицъ. Тѣмъ не менѣе отчужденіе въ пользу казны недвижимыхъ имуществъ продолжается часто годами и при этомъ встрѣчаются на практикѣ большія затрудненія. Какія же затрудненія должны встрѣтиться при примѣненіи къ новымъ изобрѣтеніямъ и открытіямъ законовъ, совершенно не для нихъ изданныхъ и къ нимъ не подходящихъ [3])?».

---

[1]) См. томъ I, стр. 384—392.

[2]) Проектъ II, ст. 12: „Когда, по соображеніямъ государственной или общественной пользы, правительствомъ будетъ признано необходимымъ изъять привилегію изъ частнаго обладанія въ свое исключительное пользованіе, либо сдѣлать предметъ оной общимъ достояніемъ, то право на такую привилегію, впредь до изданія особыхъ по сему предмету правилъ, отчуждается примѣнительно къ порядку, опредѣленному въ ст. 575—578 и слѣд., Св. Зак. Гражд., т. X, ч. 1, изд. 1887 г., объ экспропріаціи недвижимыхъ имуществъ, отходящихъ изъ частнаго владѣнія по распоряженію правительства. Тѣмъ же порядкомъ устанавливается и всякое иное пользованіе Правительства выданною кому-либо привилегіею“.

[3]) Мотивы, стр. 16 и 19.

Въ проектѣ III, Министръ Финансовъ отказался отъ мысли регламентировать экспропріацію изобрѣтеній въ порядкѣ ст. 575—578, томъ X, ч. I—и предложилъ, вмѣсто того, создать, по соглашенію заинтересованныхъ министерствъ, спеціальныя «правила». Схема этихъ правилъ, предложенная въ мотивахъ, представляется мнѣ настолько удачною, что я позволю себѣ привести ее цѣликомъ: если когда-нибудь въ Россіи будутъ издавать законъ объ экспропріаціи, то эта схема можетъ сослужить хорошую службу въ качествѣ продуманной подготовительной работы. Она гласитъ [1]).

«Самыя правила порядка отчужденія привилегій въ исключительную собственность или иное пользованіе правительства могли-бы заключаться, приблизительно, въ нижеслѣдующемъ.

Прежде всего, вѣдомство, желающее пріобрѣсти то или иное право пользованія испрашиваемою или уже выданною привилегіею, должно войти въ сношеніе съ изобрѣтателемъ, или его правопреемникомъ, съ цѣлью добровольнаго соглашенія объ уступкѣ правъ по привилегіи. Соглашеніе должно послѣдовать въ опредѣленный срокъ, напримѣръ, въ предѣлахъ отъ 3 до 6 мѣсяцевъ.

Если въ назначенный срокъ соглашенія не послѣдовало, то принудительное отчужденіе привилегіи изъ частнаго обладанія въ исключительную собственность правительства, или принудительная уступка нѣкоторыхъ правъ по привилегіи могутъ быть предоставлены не иначе, какъ съ Высочайшаго на то разрѣшенія, съ представленіемъ всѣхъ основаній къ необходимости принятія означенной мѣры.

Если изобрѣтатель, или его правопреемникъ, прямо отказывается отъ добровольнаго соглашенія, то та или другая сторона могутъ требовать немедленнаго примѣненія правилъ о принудительномъ отчужденіи.

По воспослѣдованіи Высочайшаго по означенному

---

[1]) Мотивы, стр. 136 и сл.

предмету соизволенія, для опредѣленія порядка и размѣра вознагражденія должна быть образована коммиссія подъ предсѣдательствомъ лица, назначаемаго Министромъ Финансовъ, или, когда представленіе объ отчужденіи правъ по привилегіи исходитъ отъ Министерства Финансовъ, Государственнымъ Контролеромъ, изъ двухъ или четырехъ членовъ, изъ коихъ половина избирается правительственнымъ учрежденіемъ, желающимъ изъять привилегію въ свою собственность, а другая—изобрѣтателемъ или его правопреемникомъ. Въ коммиссію эту, по требованіямъ сторонъ, должны быть допускаемы эксперты изъ спеціалистовъ-техниковъ и юристовъ, для выясненія и подтвержденія представляемыхъ сторонами данныхъ.

Означенная коммиссія можетъ или: 1) выработать немедленно всѣ условія договора между сторонами, съ опредѣленіемъ времени, порядка и размѣра вознагражденія, часть коего, въ видѣ нѣкоторой опредѣленной суммы, можетъ быть присуждена къ выдачѣ изобрѣтателю тотчасъ по подписаніи договора, а остальная, также заранѣе опредѣленная, можетъ быть установлена условно, въ зависимости отъ результатовъ, которые получатся на практикѣ при примѣненіи или осуществленіи изобрѣтенія, или 2) составить предварительное условіе, а опредѣленіе размѣра вознагражденія, или части онаго, отложить до производства испытаній или, вообще, до полученія и оцѣнки результатовъ, которые окажутся лишь по примѣненіи или испытаніи изобрѣтенія. Въ виду сего, дѣйствія коммиссіи должны быть ограничены опредѣленнымъ срокомъ, напримѣръ не долѣе 1 года, послѣ чего размѣръ вознагражденія долженъ быть обязательно опредѣленъ.

Вообще, составленіе окончательнаго договора, съ опредѣленіемъ условій выполненія, порядка и размѣра вознагражденія въ обоихъ случаяхъ производится коммиссіею, на основаніи представленныхъ обѣими сторонами данныхъ и показаній призывавшихся въ коммиссію свѣдущихъ лицъ. Условіядо говора должны какъ

обезпечивать интересы казны, такъ и опредѣлять вознагражденіе изобрѣтателю, сообразное съ дѣйствительными его заслугами и, по возможности, пользою изобрѣтенія.

Окончательное постановленіе коммиссіи и составленный ею договоръ представляется къ подписанію сторонъ, при чемъ если одна изъ нихъ признаетъ себя неудовлетворенною, то, при условіи подачи о семъ особаго письменнаго заявленія, она можетъ обжаловать рѣшеніе коммиссіи Министру Финансовъ или Государственному Контролеру, въ зависимости отъ того, кѣмъ былъ назначенъ предсѣдатель Коммиссіи, въ теченіе двухъ недѣль по объявленіи постановленія Коммиссіи. Рѣшенія сихъ правительственныхъ лицъ могутъ быть обжалованы въ установленномъ порядкѣ.

Когда отчужденіе касается предметовъ, которые необходимы для пользы всего общества въ данное время или относятся непосредственно къ боевымъ потребностямъ и средствамъ обороны государства, каковы: артиллерійскія орудія, брони для судовъ, подводныя мины, судовыя вращающіяся башни, ручное огнестрѣльное оружіе, патроны, пули и принадлежности такового оружія, порохъ и взрывчатыя вещества, то во всѣхъ этихъ случаяхъ правительству предоставляется, по испрошеніи Высочайшаго на то соизволенія, извѣстивъ изобрѣтателя или собственника привилегіи о намѣреніи изъять таковую изъ его исключительнаго владѣнія въ свою собственность, приступить къ эксплоатаціи или осуществленію изобрѣтенія своими средствами (т.-е. въ казенныхъ мастерскихъ) по прошествіи извѣстнаго срока (напримѣръ 1 мѣсяца) со дня доставленія такого извѣщенія собственнику привилегіи, не ожидая его согласія и составленія договора объ уступкѣ привилегіи».

Государственный Совѣтъ не призналъ возможнымъ утвердить ст. 12-ую «впредь до представленія Министерствомъ Финансовъ подробныхъ предположеній относительно порядка принудительнаго отчужденія при-

вилегій [1])». Благодаря этому, Положеніе потеряло экспропріацію и получило, въ видѣ уродливаго нароста, сохраненную въ силѣ ст. 176-ую.

Насколько мнѣ извѣстно, никакихъ работъ въ Министерствѣ относительно выработки правилъ объ экспропріаціи не производится. Объ этомъ можно пожалѣть [2]): чѣмъ скорѣе мы избавимся отъ ст. 176-ой, тѣмъ лучше.

V.

§ 224. Четвертымъ случаемъ—является прекращеніе за невзносъ (своевременно) ежегодныхъ пошлинъ за привилегіи [3]). Подробное изложеніе вопросовъ о томъ: кто, когда, сколько и въ какой формѣ долженъ платить,—сдѣлано мною выше [4]). Здѣсь остается разсмотрѣть лишь вопросъ о санкціи за неуплату.

По вопросу о прекращеніи привилегій за неуплату ежегодныхъ пошлинъ существуетъ на практикѣ контроверза, могущая имѣть весьма серьезное значеніе для интересентовъ. Я уже намекалъ, въ только что цитированныхъ параграфахъ, въ чемъ заключается, по моему мнѣнію, правильное рѣшеніе вопроса. Несомнѣнно, что точный смыслъ статьи 29-ой положенія предписываетъ отдѣлу прекращать привилегіи за невнесеніе пошлины впередъ за каждый годъ дѣйствія привилегіи. «Ст. 29. Дѣйствіе привилегіи прекращается:

---

[1]) См. томъ I, стр. 391.

[2]) Изъ иностранной литературы отмѣчу слѣдующія работы. За введеніе экспропріаціи: Kohler, Patentrecht, 1878, стр. 117 и сл.;—Pouillet, „Lettre de France“, въ Propr. Ind. VIII, стр. 124; — французскій проектъ 1858 г., Journal des Economistes, LXV, стр., 413 и LVIII, стр. 402.—Contra, G. Duméry, Examen de la loi etc., 1858, глава IX, passim; — Selwyn, Congrès 1878, стр. 319.

Для своеобразной американской практики, см. A. Pollock, „Inventions utilisées par l'Etat sans autorisation du breveté“, въ Prop. Ind., XII, № 4.

[3]) Часть этого параграфа была напечатана въ Правѣ, 1902 г., № 14, стр. 724—726.

[4]) См. глава III, §§ 196—197.

... 2) за невнесеніемъ установленной пошлины впередъ за каждый годъ дѣйствія привилегіи». Терминъ же «невнесеніе» нужно, очевидно, понимать буквально: внесеніе пошлины есть уплата денегъ въ казначейство, а отнюдь не уплата плюсъ представленіе въ отдѣлъ квитанціи объ уплатѣ.

Между тѣмъ, установившаяся административная практика толкуетъ законъ въ обратномъ смыслѣ. И мнѣ извѣстно нѣсколько примѣровъ привилегій, о прекращеніи коихъ были сдѣланы отдѣломъ публикаціи, — несмотря на то, что, какъ оказалось впослѣдствіи, всѣ необходимыя квитанціи имѣлись у патентодержателя въ полномъ порядкѣ. А въ самое послѣднее время Отдѣлъ Промышленности сталъ прилагать къ выдаваемымъ привилегіямъ небольшой листокъ, на коемъ напечатано: «квитанціи казначейства въ уплатѣ пошлинъ (съ пенею или безъ пени) должны быть своевременно представляемы въ Отдѣлъ Промышленности для обмѣна на свидѣтельства о продленіи дѣйствія привилегіи».

Само по себѣ, распоряженіе это не имѣетъ юридической силы, такъ какъ оно не основано ни на законѣ, ни на какой-либо министерской инструкціи. Однако, самый фактъ появленія такого распоряженія свидѣтельствуетъ о существованіи опредѣленной практики, съ которою надо считаться.

На чемъ же основана эта практика?

1) Несомнѣнно, что законъ не знаетъ никакихъ «свидѣтельствъ о продленіи». Полученіе такового, конечно, облегчаетъ патентодержателю доказываніе. Однако, эта дѣлопроизводственная формальность введена Отдѣломъ по собственному почину и, слѣдовательно, на возникновеніе и прекращеніе гражданскихъ правъ вліять не можетъ.

2) Столь же несомнѣнно, что законъ очень ясно противополагаетъ моментъ уплаты пошлинъ въ казначейство—моменту представленія квитанціи въ Отдѣлъ. А именно, статья 17-ая гласитъ: «Въ случаѣ разрѣшенія выдачи привилегіи, проситель обязанъ предста-

вить въ Департаментъ Торговли и Мануфактуръ, не позже трехъ мѣсяцевъ со для полученія о томъ объявленія, квитанцію казначейства о взносѣ пошлины за первый годъ дѣйствія привилегіи». Эта статья не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія относительно того, что за первый годъ дѣйствія нужно не только уплатить деньги, но еще и представить квитанцію. Но именно за первый. А относительно остальныхъ, e contrario...

3) Не менѣе сильный аргументъ e contrario можно вывести еще и изъ того факта, что ст. 24-ая, предписывая патентодержателю приводить привилегіи въ дѣйствіе, категорически указываетъ, кромѣ того, что «о семъ, въ упомянутый срокъ, въ Департаментъ Торговли и Мануфактуръ должно быть представлено удостовѣреніе подлежащаго начальства». О пошлинахъ же сказано просто: «за каждую привилегію взимается въ пользу государственнаго казначейства пошлина въ слѣдующемъ размѣрѣ...» Если считать, что привилегія прекращается, когда квитанція не поступила въ Отдѣлъ,— то нужно необходимо указать срокъ, въ который эта квитанція должна быть представлена въ Отдѣлъ. Между тѣмъ, срокъ этотъ въ законѣ не установленъ. Несомнѣнно, что если привилегія выдана 9 февраля 1901 г., то срокъ уплаты истекаетъ 9-го же февраля 1902 г.— и фактически, слѣдовательно, невозможно доставить въ С.-Петербургъ квитанцію, полученную въ этотъ день въ Самарѣ, иначе какъ послѣ 9-го февраля. Мнѣ извѣстно, что Отдѣлъ именно такъ и поступаетъ, принимая къ производству квитанціи, поступившія въ Отдѣлъ послѣ срока, но выданныя казначействомъ въ срокъ. И въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ: сколько же именно времени будетъ выжидать Отдѣлъ?—мѣсяцъ? два? и почему не годъ?

Наконецъ, 4) Если считать, что патентъ, держатель коего имѣетъ непредъявленную квитанцію, прекращается только потому, что Отдѣлъ сдѣлаетъ соотвѣтствующую публикацію, то этимъ будетъ нарушенъ тотъ общій принципъ относительно юридическаго зна-

ченія публикаціи, который былъ развитъ мною выше [1]). Публикаціи по ст. 29-ой не имѣютъ конститутивнаго значенія: онѣ только переносятъ onus probandi. Слѣдовательно, и неуплата пошлины влечетъ прекращеніе привилегіи сама по себѣ, а все дальнѣйшее является лишь канцелярскими формальностями.

Подвожу итоги. Патентодержатель долженъ уплатить пошлину. Если онъ уплатилъ ее своевременно въ какое-либо губернское казначейство, то привилегія его продолжаетъ свое дѣйствіе на соотвѣтствующій годъ безъ того, чтобы ему нужно было совершить еще какія бы то ни было дополнительныя формальности. Onus probandi лежитъ на патентодержателѣ. Отдѣлъ Промышленности не имѣетъ права производить публикацію о прекращеніи до тѣхъ поръ, пока онъ не удостовѣрится, тѣмъ или инымъ способомъ [2]), что пошлина, дѣйствительно, не уплачена. Если патентодержатель, добровольно, представитъ квитанцію въ Отдѣлъ (напримѣръ, для того, чтобы предупредить возможность ошибочной публикаціи о прекращеніи)—то выдача «свидѣтельства о продленіи» переноситъ onus probandi на конкуррентовъ. Само собою разумѣется, что такое свидѣтельство не является, такъ сказать, неопровержимымъ доказательствомъ произведенной уплаты пошлины: доказываніе противнаго всегда допустимо.

Моментомъ прекращенія привилегіи за неуплату пошлины нужно считать послѣдній день, когда можно было уплатить пошлину. Законъ о пеняхъ (10 іюля 1900 г., см. выше, стр. 160)—не ввелъ расширенія сроковъ для уплаты пошлинъ, а лишь допустилъ послѣсрочный взносъ таковыхъ. Слѣдовательно, въ теченіе 3-хъ льготныхъ мѣсяцевъ, дѣйствіе привилегіи продолжается лишь подъ суспензивнымъ условіемъ, и не-

[1]) См. §§ 215—216.

[2]) Доставленнымъ ему судебнымъ рѣшеніемъ,— заявленіемъ самого патентодержателя, или, въ крайнемъ случаѣ, провѣркою всѣхъ талоновъ квитанцій, поступившихъ изъ губернскихъ казначействъ.

уплата пошлины даже въ льготный срокъ имѣетъ обратную силу [1]).

De lege ferenda, можно пожелать, въ виду громадныхъ неудобствъ, соединенныхъ съ изложеннымъ порядкомъ уплаты пошлинъ въ какое угодно изъ русскихъ безчисленныхъ казначействъ [2]),—чтобы законъ былъ возможно скорѣе измѣненъ въ одномъ изъ двухъ возможныхъ направленій: 1) или нужно централизовать всѣ уплаты пошлинъ въ особомъ отдѣленіи казначейства, которое было бы открыто при самомъ Комитетѣ; 2) или же нужно въ самомъ законѣ expressis verbis установить, что полученныя квитанціи должны быть представляемы въ Комитетъ въ такой-то срокъ и подъ страхомъ прекращенія привилегіи.

§ 225. Что касается цифровыхъ данныхъ относительно прекращенія патентовъ за неуплату пошлинъ, то я могу привести слѣдующія величины.

Во Франціи, по разсчету за 36 лѣтъ, т.-е. для привилегій выданныхъ съ 1860 г. и по 1895 г., уплаты пошлинъ были сдѣланы въ слѣдующемъ количествѣ случаевъ (см. таблицу III [3]), стр. 238—239).

Изъ этой таблицы слѣдуетъ, что пошлины были уплачены (въ процентахъ по отношенію къ общему числу патентовъ, за которые бы слѣдовало ихъ уплатить):

2	пошлина . .	57,95%	9	пошлина . .	9,23%
3	» . .	35,73 »	10	» . .	7,61 »
4	» . .	25,37 »	11	» . .	6,74 »
5	» . .	19,40 »	12	» . .	6,12 »
6	» . .	15,71 »	13	» . .	5,49 »
7	» . .	13,03 »	14	» . .	4,86 »
8	» . .	10,87 »	15	» . .	4,01 »

[1]) E. s., Landsgericht Halberstaat, 7 апрѣля 1899, Patentblatt, 1900 г., стр. 197.

[2]) См. выше, § 197.

[3]) Эта таблица составлена мною частью по опубликованнымъ свѣдѣніямъ, а частью по лично произведеннымъ въ Ministère du Commerce разсчетамъ.

ТАБЛИЦА III.

Число патентовъ, по которымъ были уплачены пошлины во Франціи.

Годъ выдачи патента.	ЗА СКОЛЬКО ПАТЕНТОВЪ УПЛАЧЕНА ПОШЛИНА.															
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
1860	4606	2617	1543	1078	844	695	577	493	419	366	309	264	242	223	191
61	4476	2308	1374	949	712	652	540	458	379	324	266	243	223	199	172
62	4410	2396	1466	1001	767	608	497	400	312	242	211	190	173	157	127
63	4512	2458	1520	1101	850	658	569	458	375	336	303	285	261	220	168
64	4324	2404	1509	1051	803	660	539	440	389	342	315	283	262	244	167
65	4190	2334	1405	934	671	477	353	296	257	217	?	?	?	187	159
66	4411	2421	1528	1081	778	604	529	465	406	362	269	242	226	202	173
67	4722	2574	1608	1036	724	602	511	440	372	305	280	246	215	191	152
68	4750	2837	1598	1139	933	800	697	504	354	306	268	245	215	187	153
69	4579	2265	1381	1029	797	646	544	417	360	310	253	230	294	165	129
1870	3029	1508	955	649	500	401	313	247	219	185	177	150	139	116	85
71	2325	1307	832	621	473	383	315	270	224	187	163	145	122	105	92
72	3934	2909	1439	1012	797	652	550	449	381	310	277	240	200	172	144
73	4007	2353	1504	1075	833	657	530	447	387	330	282	247	217	187	155
74	4571	2751	1710	1239	955	755	633	539	475	417	356	310	291	245	208
75	4663	2716	1686	1234	918	730	617	523	470	?	433	403	362	234	189
76	5389	3120	1983	1371	1057	866	736	624	541	467	416	360	321	283	236
77	5610	3231	1951	1413	1090	877	744	613	545	476	422	378	323	291	242
78	6348	3503	2186	1610	1257	1043	880	721	620	549	481	434	386	344	295
79	6161	3654	2360	1676	1295	1042	859	742	653	581	516	462	421	378	322
1880	6057	3602	2261	1620	1217	991	835	688	613	528	465	420	382	343	284
81	6203	3868	2423	1703	1292	1044	857	729	630	544	476	423	373	322	280
82	6269	3812	2340	1625	1243	1000	848	772	638	530	472	426	375	338	277
83	6573	3910	2464	1712	1318	1083	880	752	651	571	501	450			
84	6721	4128	2674	1971	1564	1212	927	784	613	490	383				
85	7060	4282	2601	1916	1510	1229	1005	833	715	617					
86	7371	4243	2584	1845	1369	1114	963	798	676						
87	7281	4385	2833	2010	1530	1243	1037	854							
88	7182	4356	2721	1927	1437	1136	940								
89	7810	4691	2816	2000	1516	1195									
1890	7634	4333	2683	1881	1389										
91	7863	4321	2612	1907											
92	8432	4866	3039												
93	8358	4816													
94	8845	5045													
95	8848	5113													

Для правильнаго истолкованія этихъ цифръ нужно имѣть въ виду, что болѣе половины патентовъ [1]), продержавшихся до 15-го года, были оплачены не ежегодными взносами, а единовременною принудительною уплатою всѣхъ пошлинъ по случаю продажи [2]). Во всякомъ случаѣ, только половина французскихъ патентовъ доходитъ до второго года, треть — до третьяго и четверть — до четвертаго. Нормальное паденіе (2% въ годъ) начинается съ восьмого года.

Для Англіи мы имѣемъ слѣдующаго рода данныя.

ТАБЛИЦА IV.

Число патентовъ, по которымъ были уплачены пошлины въ Англіи.

Годъ выдачи.	ЗА КАКОЙ ГОДЪ БЫЛА УПЛАЧЕНА ПОШЛИНА.										
	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
1884	9,983	2,921	2,137	1,746	1,453	1,173	1,002	857	716	599	452
1885	8.775	2,685	2,049	1,650	1,381	1,162	981	838	732	613	484
1886	9,099	2,724	2,070	1,676	1,400	1,152	987	829	730	615	497
1887	9.466	2,822	2,111	1,715	1,403	1,171	1,034	917	805	677	529
1888	9,817	2,840	2,182	1,752	1,430	1,194	1,025	874	760	637	—
1889	10,664	3,369	2,381	1,827	1,533	1,284	1,089	917	772	—	—
1890	10,598	3,162	2,253	1,796	1,479	1 251	1,072	909	—	—	—
1891	10,922	3,351	2,445	1,974	1,653	1,416	1,182	—	—	—	—
1892	11,599	3,752	2,757	2,173	1,801	1,490	—	—	—	—	—
1893	11,779	4,003	2,964	2,354	1,958	—	—	—	—	—	—
1894	12,042	4,124	3,080	2,455	—	—	—	—	—	—	—
1895	12,346	4,159	3,025	—	—	—	—	—	—	—	—
1896	14,170	4,560	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1897	14,465	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1898	13,452	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1899	13,471	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Итого.	—	44472	29454	21118	15491	11293	8372	6141	4515	3144	1962

[1]) А именно, напримѣръ, за десятилѣтіе 1870—1879: 38, 62, 71, 78, 121, 102, 139, 137, 171, 194.

[2]) Ср. выше, стр. 163, прим. 4.

Слѣдовательно, въ процентахъ, пошлины были уплачены:

5 пошлина . . .	31%	10 пошлина . . .	11%
6 » . . .	25 »	11 » . . .	9 »
7 » . . .	19 »	12 » . . .	8 »
8 » . . .	15 »	13 » . . .	7 »
9 » . . .	12 »	14 » . . .	6 »

Наконецъ, для Германіи мы имѣемъ краткія и несовсѣмъ однородныя съ предъидущими свѣдѣнія, изъ коихъ можно заключить, что 1-ой пошлины не уплатило около 5% патентовъ, и что, затѣмъ, по годамъ, прекращается слѣдующее количество (въ %-хъ):

на	2	годъ	около	24%	остальныхъ.
»	3	»	»	38 »	»
»	4	»	»	32 »	»
»	5	»	»	30 »	»
»	6	»	»	22 »	»
»	7	»	»	20 »	»
»	8	»	»	17 »	»
»	9	»	»	16 »	»
»	10	»	»	15 »	»
»	11	»	»	15 »	»
»	12	»	»	14 »	»
»	13	»	»	16 »	»
»	14	»	»	14 »	»
»	15	»	»	25 »	»

Переводя эти цифры въ ту форму, въ какой я ихъ излагалъ для Франціи и Англіи, мы получили бы, въ процентахъ, такого рода прогрессію [1]), начиная со второго года: 65, 40, 27, 19, 15, 12, 10, 8, 7, 6, 5, 4, 3, 2.

Если сопоставить полученныя цифры между собою, а также каждую, соотвѣтственно, съ тою пошлиною, которую она изображаетъ (для ясности перевожу всѣ цифры въ фунты стерлинговъ, по разсчету 1 £ = 25 fr. = = 20 M.),—то мы получимъ слѣдующую таблицу:

[1]) Я позволю себѣ не воспроизводить того довольно сложнаго разсчета, коимъ получена эта прогрессія.

ТАБЛИЦА V (сводная).

Названіе страны.	Годъ.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
Франція.	Сумма пошлинъ.	4	8	12	16	20	24	28	32	36	40	44	48	52	56	60
	% патентовъ.	100	58	36	25	19	16	13	11	9	8	7	6	5	5	4
Германія.	Сумма пошлинъ.	1,5	4	9	16,5	26,5	39	54	71,5	91,5	114	139	166,5	196,5	229	264
	% патентовъ.	—	65	40	27	19	15	12	10	8	7	6	5	4	3	2
Англія.	Сумма пошлинъ.	—	—	—	4	9	15	22	30	39	49	60	72	85	99	—
	% патентовъ.	—	—	—	100	31	25	19	15	12	11	9	8	7	6	—

Изъ этой таблицы слѣдуетъ, что въ Германіи—очевидно, благодаря системѣ предварительнаго разсмотрѣнія, пропускающей изобрѣтенія къ патентированію съ разборомъ, — патенты выдерживаютъ гораздо болѣе высокія пошлины съ несомнѣнно бо́льшимъ успѣхомъ: на пятый годъ въ Германіи и во Франціи остаются тѣ же 19% всѣхъ выданныхъ патентовъ; но нѣмецкіе патенты въ это время заплатили уже 265 рублей, а французскіе—лишь 200 рублей. Въ дальнѣйшемъ эта бо́льшая экономическая выдержка нѣмецкихъ патентовъ обнаруживается еще яснѣе. Начиная съ 7-го года и вплоть до тринадцатаго—число нѣмецкихъ оставшихся патентовъ лишь на 1% (въ каждомъ году соотвѣтственно) ниже числа оставшихся патентовъ французскихъ. А пошлины, между тѣмъ, въ Германіи оказываются на седьмомъ году почти вдвое, а на тринадцатомъ—почти вчетверо выше французскихъ. Лишь на 14-омъ и 15-омъ годахъ нѣмцы отстаютъ на 2%: не надо забывать, что за эти 2 года они платятъ 675 р., а французы—лишь 80 рублей.

Что касается цифръ англійскихъ, то онѣ значительно превышаютъ и французскія, и нѣмецкія. Если превышеніе надъ нѣмецкими цифрами можетъ быть объяснено сравнительно меньшею высотою пошлины (14-ый

годъ: 2290 руб. и 990 рублей, болѣе чѣмъ вдвое), то превышеніе надъ французскими пошлинами является довольно загадочнымъ. Приблизительно равную сумму пошлинъ (на восьмомъ и девятомъ годахъ) англійскіе патенты выдерживаютъ на 4 и 3% лучше, такъ что на девятомъ году во Франціи пошлину въ 360 р. выдерживаетъ лишь 3/4 того числа патентовъ, какое въ Англіи выдерживаетъ сумму пошлинъ въ 390 рублей. Единственное объясненіе этому явленію можетъ быть подъискано лишь въ томъ, что Англія больше отошла отъ системы чистаго Anmelde-Verfahren, чѣмъ Франція.

Наконецъ, относительно Россіи мы имѣемъ довольно неполныя данныя, изображенныя въ таблицѣ VI [1]). Неполнота эта происходитъ отъ двухъ причинъ, а именно: 1) отъ сравнительно недолгаго еще дѣйствія закона 1896 г.; самыя раннія привилегіи, выданныя по этому закону, едва достигли 7-го года своего дѣйствія; и 2) отъ значительнаго вліянія, оказываемаго до сихъ поръ на уплату пошлинъ старымъ Уставомъ Промышленности; дѣло въ томъ, что многія привилегіи, выдаваемыя по закону 1896 г., были заявлены подъ дѣйствіемъ Устава и, слѣдовательно, оплачены по старымъ категоріямъ трехъ единовременныхъ взносовъ въ 450 р., 150 р. и 90 р.; всѣ эти привилегіи считаются дѣйствующими столько лѣтъ, на сколько (по соотвѣтствующему разсчету) хватаетъ такого единовременнаго взноса для покрытія теперешнихъ пошлинъ [2]); слѣдовательно, такія привилегіи дѣйствуютъ очень часто, искусственнымъ образомъ, въ такое время, въ какое (будь уплата пошлинъ, дѣйствительно, ежегодною) ихъ владѣльцы давно бы отъ нихъ отказались.

Въ виду всего этого, въ таблицѣ VI приведено число

---

[1]) Эта таблица (см. стр. 244) составлена мною по официальнымъ даннымъ. разработкою сырого матеріала по „журналамъ“ Комитета; основа этой большой и кропотливой работы сдѣлана, по моему порученію, уважаемымъ Ѳ. С. Яковлевымъ.

[2]) Конкретно: 450-ти рублей хватаетъ на 8 лѣтъ, 150 р.—на 5 лѣтъ, а 90 р.—на 4 года.

уплаченныхъ пошлинъ пополугодно и съ распредѣленіемъ на уплаты единовременныя («сразу») и погодныя. Первая категорія уплатъ не можетъ имѣть, для нашихъ выводовъ, серьезнаго значенія.

ТАБЛИЦА VI.

Число уплаченныхъ въ Россіи пошлинъ за патенты (съ 1896 г.).

Когда выданъ патентъ.	Безпошлинныя и дополнительныя.	Сколько пошлинъ уплачено.								
		1	2	3	4		5		6	7	8 (сразу) и больше.
					погодно.	сразу.	погодно.	сразу.			
1896 г. 2-ое полугодіе	—	—	—	2	—	3	1	1	1	—	7
1897 „ 1-ое „	—	6	—	—	—	70	15	24	14	—	75
1897 „ 2-ое „	1	5	2	2	—	124	43	36	6	—	72
1898 „ 1-ое „	3	48	15	11	4	184	64	26	3	1	83
1898 „ 2-ое „	6	192	50	45	81	88	42	16	—	—	42
1899 „ 1-ое „	15	340	80	58	142	103	3	27	—	—	39
1899 „ 2-ое „	21	271	86	172	48	33	2	5	—	—	15
1900 „ 1-ое „	19	393	108	249	2	19	1	1	—	—	10
1900 „ 2-ое „	39	376	338	125	4	15	1	2	—	—	9
1901 „ 1-ое „	32	341	399	2	—	14	—	2	—	—	6

Изъ этой таблицы можно сдѣлать слѣдующіе выводы. Если отбросить четыре первыхъ полугодія (въ нихъ еще слишкомъ великъ процентъ патентовъ, оплаченныхъ «сразу»), то окажется, что изъ патентовъ, выданныхъ въ шесть слѣдующихъ полугодій, прекратилось за неуплату второй годовой пошлины (въ $^0/_0$-ахъ по отношенію къ общему числу) слѣдующее количество:

изъ патентовъ, выданныхъ	во второе	полугодіе	1898 г. . .	34,1%
„ „ „	въ первое	„	1899 „ . .	42,1 „
„ „ „	во второе	„	1899 „ . .	41,5 „
„ „ „	въ первое	„	1900 „ . .	49,0 „
„ „ „	во второе	„	1900 „ . .	41,3 „
„ „ „	въ первое	„	1901 „ . .	42,9 „

Изъ той же таблицы слѣдуетъ, что изъ патентовъ, выданныхъ въ четыре полугодія (іюль 1898 г. — іюль 1900 г.), для которыхъ 1-го іюля 1902 г. истекалъ

срокъ уплаты третьей пошлины, прекращено за невзносъ третьей годовой пошлины (въ $^0/_0$-ахъ по отношенію къ общему числу), слѣдующее количество:

изъ патентовъ,	выданныхъ	во второе	полугодіе	1898 г.	. . .	8,9%
„ „	„	въ первое	„	1899 „	. . .	9,9 „
„ „	„	во второе	„	1899 „	. . .	13,2 „
„ „	„	въ первое	„	1900 „	. . .	13,4 „

Наконецъ, за невзносъ четвертой годовой пошлины прекращено еще слѣдующее количество патентовъ:

изъ патентовъ,	выданныхъ	во второе	полугодіе	1898 г.	. .	8,0%
„ „	„	въ первое	„	1899 „	. .	7,2 „

Кромѣ того, изъ той же таблицы слѣдуетъ, что изъ общаго числа патентовъ, выданныхъ въ первое полугодіе 1898 г. за невзносъ пятой годовой пошлины прекращено было 42,5% общаго числа патентовъ. Для остальныхъ годовъ эта цифра равняется:

для 2-го	полугодія	1896 г.	. . . . .	.	20,0%
„ 1-го	„	1897 „	. . . . .	.	34,3 „
„ 2-го	„	1897 „	. . . . .	.	43,3 „

За невзносъ же шестой годовой пошлины прекращено, изъ выданныхъ въ первое полугодіе 1897 г. еще — 15,1%, а изъ выданныхъ во второе полугодіе 1896 г.— еще 13,3% общаго числа патентовъ.

Изъ этихъ всѣхъ цифръ можно сдѣлать слѣдующіе приблизительные выводы. За невзносъ второй годовой пошлины (20 р., общая сумма 35 р.) у насъ прекращается 41,81% патентовъ. За невзносъ третьей пошлины (25 р., общая сумма 60 р.)—11,35% патентовъ. За невзносъ четвертой пошлины(30 р., общая сумма 90 р.)—7,6% патентовъ. Если сравнить эти цифры съ данными таблицы V, то окажется, что русскіе патенты, на второй годъ, оказываются менѣе стойкими, чѣмъ нѣмецкіе (остается только 58,19%, вмѣсто 65%). Разница эта, однако, совершенно сглаживается въ дальнѣйшіе годы. На третій годъ останется у насъ 46,84% (противъ 36% и 40%). На четвертый —

39,24% (противъ 25% французскихъ и 27% германскихъ).

Къ сожалѣнію, недостатокъ данныхъ не даетъ, пока, возможности точнѣе обосновать и подробнѣе развить эту интересную параллель [1]).

VI.

§ 226. Пятою причиною прекращенія патентовъ является неприведеніе ихъ въ существенное дѣйствіе.

Постановленія закона по этому вопросу содержатся въ ст. 24 и ст. 29, п. 3, которыя гласятъ: «Ст. 24. Получившій привилегію обязанъ, не позже пяти лѣтъ со дня подписанія патента на оную (ст. 20), привести въ дѣйствіе въ Россіи изобрѣтеніе или усовершенствованіе, на которое привилегія выдана, и представить о семъ, въ упомянутый срокъ, въ Департаментъ Торговли и Мануфактуръ удостовѣреніе подлежащаго, по указанію Министра Финансовъ, начальства». И ст. 29: «дѣйствіе привилегій прекращается:... 3) за несоблюденіемъ требованія ст. 24 относительно приведенія привилегій въ дѣйствіе».

По поводу толкованія послѣдней изъ этихъ статей существуетъ весьма серьезное несогласіе установившейся практики,—съ тѣмъ, что можетъ допустить строгая юридическая герменевтика.

---

[1]) Насколько слаба сопротивляемость русскихъ привилегій, можно судить по тому обстоятельству, что изъ 106 десятилѣтнихъ привилегій, выданныхъ въ 1886 году, воспользовались льготою ст. VIII п. 2 Мнѣнія 20 мая 1896 г. („дѣйствіе выданныхъ до срока, указаннаго въ отд. VII, и не утратившихъ силы привилегій, можетъ быть продолжено, по ходатайству ихъ владѣльцевъ, но не далѣе какъ на пятнадцать лѣтъ со дня подписанія патента на привилегію и по уплатѣ установленной пошлины (отд. VI), въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ каждому дополнительному году дѣйствія привилегіи, считая со дня подписанія патента на оную")—всего лишь 11 штукъ. Та же цифра для 107 десятилѣтнихъ привилегій, выданныхъ въ 1887 г., равняется шести; для 99 десятилѣтнихъ привилегій, выданныхъ въ 1888 г.— десяти и т. д. Слѣдовательно, на одиннадцатый годъ у насъ выживаетъ менѣе 10 %.

Административная практика заключается въ слѣдующемъ. Въ установленный срокъ, патентодержатель, соотвѣтственно правиламъ 22-го сентября 1898 года [1]), заявляетъ фабричному инспектору о томъ, что его изобрѣтеніе «приведено въ дѣйствіе» въ такой-то мастерской, и ходатайствуетъ о выдачѣ ему удостовѣренія. Фабричный инспекторъ, убѣдившись, что въ мастерской, дѣйствительно, изготовленъ (хотя бы одинъ...) экземпляръ изобрѣтенія,—выдаетъ удостовѣреніе, которое, затѣмъ, обмѣнивается въ Комитетѣ на «свидѣтельство». Съ этого момента привилегія считается несокрушимою. И, наоборотъ, непредставившій въ Комитетъ, своевременно, удостовѣренія—безвозвратно, будто бы, теряетъ ее: Комитетъ производитъ «публикацію о прекращеніи» и дѣло тѣмъ кончается. Приведеніе въ дѣйствіе, не удостовѣренное путемъ полученія «свидѣтельства», не спасаетъ привилегію отъ гибели.

Я считаю такое толкованіе закона совершенно неправильнымъ, по слѣдующимъ главнѣйшимъ основаніямъ.

1) Оно противорѣчитъ буквальному смыслу закона. Если внимательно вчитаться въ цитированныя выше статьи 24 и 29, то мы увидимъ, что первая изъ нихъ состоитъ изъ двухъ частей; она требуетъ отъ патентодержателя: a) приведенія привилегіи въ дѣйствіе, и b) представленія о семъ въ Отдѣлъ удостовѣренія подлежащаго начальства. Обращаясь, затѣмъ, къ ст. 29-ой, мы находимъ, что эта статья грозитъ прекращеніемъ привилегіи за «несоблюденіе требованія (не: требованій) ст. 24-ой относительно приведенія привилегіи въ дѣйствіе». Т.-е., она говоритъ лишь объ одномъ требованіи, а не о двухъ, и именно о приведеніи въ дѣйствіе. Вопросъ о представленіи удостовѣренія обходится въ ст. 29-ой полнымъ молчаніемъ. Какая санкція установлена за неисполненіе этого послѣдняго требованія—

[1]) Собраніе узак. и распоряж., 1898 года, № 149, ст. 1998; — Ср. мою брошюрку, стр. 73—75.

мы увидимъ ниже. Здѣсь отмѣчу, что такою санкціею ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть прекращеніе патента: ибо, очевидно, мы не въ правѣ отнимать у патентодержателя его гражданское право по такимъ основаніямъ, которыя не упомянуты въ законѣ.

2) Указанное положеніе можетъ быть доказано и въ томъ случаѣ, если мы оставимъ почву грамматическаго толкованія и посмотримъ на контроверзу съ болѣе широкой точки зрѣнія. Къ чему, въ сущности, клонится изображенная выше административная практика? Не болѣе и не менѣе, какъ къ изъятію изъ вѣдѣнія общихъ судебныхъ установленій важнаго вопроса о наличности гражданскаго права. Всѣ указанныя канцелярскія удостовѣренія и свидѣтельства имѣютъ, несомнѣнно, одну цѣль: вернуть насъ, въ данномъ частномъ случаѣ, къ системѣ формальныхъ доказательствъ. Законъ требуетъ отъ патентодержателя приведенія въ дѣйствіе; практика же старается истолковать этотъ законъ такъ, чтобы патентодержателю невозможно было доказывать дѣйствительность приведенія въ дѣйствіе — иначе, какъ однимъ единственнымъ, разъ навсегда установленнымъ, бумажнымъ способомъ. Между тѣмъ, въ очень многихъ случаяхъ, патентодержателю можетъ оказаться болѣе удобнымъ доказывать это приведеніе въ дѣйствіе—инымъ путемъ. По моему мнѣнію, произвольно лишать его такого процессуальнаго преимущества—невозможно.

3) Тотъ же тезисъ можно доказать и съ точки зрѣнія общей цѣли, которую преслѣдуетъ ст. 24-ая: а именно, съ точки зрѣнія покровительства русской промышленности. Вѣдь фабричный инспекторъ можетъ удостовѣрить только одно: что въ тотъ моментъ, когда онъ былъ въ мастерской, тамъ совершалось производство даннаго изобрѣтенія. Но, можетъ быть, оно прекратилось на слѣдующій день? Я указывалъ выше [1]), что постановленія ст. 24-ой могутъ имѣть разумный

[1]) См. стр. 149.

смыслъ только въ томъ случаѣ, если мы будемъ считать, что разъ заведенное производство не должно быть останавливаемо подъ страхомъ прекращенія привилегіи. И вотъ именно этой то послѣдующей остановки производства и можетъ не знать фабричный инспекторъ. Между тѣмъ, мы не должны лишать конкуррентовъ права доказать судомъ, что изобрѣтеніе не было приведено въ дѣйствіе (въ смыслѣ пріостановки) несмотря на то, что фабричный инспекторъ и Отдѣлъ выдали и свидѣтельство, и удостовѣреніе (не говоря уже о томъ, что фабричный инспекторъ могъ ошибиться въ юридическихъ тонкостяхъ вопроса: онъ вовсе не является компетентнымъ для рѣшенія этого рода контроверзъ).

Въ виду всего изложеннаго, я считаю, что патентодержатель можетъ доказывать наличность приведенія въ дѣйствіе, въ указанномъ выше смыслѣ [1]), какимъ угодно способомъ.

§ 227. Но въ такомъ случаѣ возникаетъ, какъ вѣское возраженіе, вопросъ о томъ, каково будетъ — въ общей экономіи только что указанной конструкціи — значеніе тѣхъ удостовѣреній, представленія коихъ требуетъ ст. 24-ая? Казалось бы, на первый взглядъ, что мое толкованіе лишаетъ это требованіе всякаго разумнаго смысла (разъ для него нѣтъ санкціи).

Постараюсь доказать противное. Постараюсь доказать, что санкція (хотя и ослабленная) для этого требованія имѣется, и что, само по себѣ, оно имѣетъ очень большое практическое значеніе.

Вообразимъ себѣ положеніе сторонъ въ спорѣ о прекращеніи патента за неприведеніе въ дѣйствіе. Истецъ, прося объ уничтоженіи, долженъ доказать свой искъ: т.-е. онъ долженъ доказать, что патентодержатель нигдѣ въ россійской имперіи, въ теченіе 5 лѣтъ, не изготовилъ ни одного экземпляра изобрѣтенія. Но это—было бы доказываніемъ отрицательнаго факта.

[1]) См. выше, § 189—195.

Поэтому, западная практика, послѣ значительныхъ колебаній [1]), усвоила себѣ принципъ, что onus probandi въ искахъ о неприведеніи въ дѣйствіе лежитъ на отвѣтчикѣ [2]). Однако, такой исходъ не можетъ считаться нормальнымъ: онъ дозволяетъ всякому третьему лицу (и, въ частности, всякому контрафактору) создавать патентодержателю массу затрудненій, заявляя, въ видѣ иска или эксцепціи, что изобрѣтеніе не было приведено въ исполненіе, и не подтверждая такое голое утвержденіе никакими фактами [3]). Кромѣ того, оно ставитъ патентодержателя въ очень непріятное положеніе въ томъ смыслѣ, что имѣть всегда подъ рукой неопровержимыя доказательства наличности фабрикаціи даннаго продукта именно въ урочное время (т.-е., можетъ быть, много лѣтъ тому назадъ)—довольно трудно.

Въ виду всего этого, западные юристы уже давно искали средства какъ нибудь вернуть иски о неприведеніи въ дѣйствіе къ нормальной схемѣ, т.-е. къ onus'y probandi истца. И вотъ, я думаю, что наши свидѣтельства и удостовѣренія составляютъ, именно, очень удачное рѣшеніе только что указаннаго вопроса.

---

[1]) Лучшимъ примѣромъ можетъ служить книжка E. Bosio, Della decadenza dei brevetti per mancata attuazione, Torino, 1895, глава V, passim. „Il voler pronunciare in modo assoluto, per tutti i casi, a chi incomba l'onere della prova sia cosa quanto mai periculosa, per non dire addirittura impossibile", Стр. 24. — Ср. сложную двойную систему, которую предлагаетъ Bosio, стр. 24—25. — Онъ же, Privative, стр. 308—309, стоитъ уже на совсѣмъ иной точкѣ зрѣнія. — Ср. колебанія французской практики, Mainié, II, стр. 71—72.

[2]) „Richtiger Ansicht nach, liegt dem Letzteren [dem Patentinhaber] der Beweis, dass den Anforderungen des Gesetzes genügt sei, ob, und ist deshalb der Antrag auf Zurücknahme durch die blosse Behauptung, dass eine Ausführung im Sinne des Gesetzes nicht erfolgt sei, hinreichend begründet." Reichsgericht, 6 января 1887, Gareis, VI, стр. 281. — E. s., W. Weber, Das deutsche Patentgesetz etc., Essen, 1893, стр. 177—178. — Ср. C. Lieber, Das Patentgesetz etc., Berlin, 1892, стр. 73.—M. Amar, „Lettre d'Italie", въ Propr. Ind., VII, стр. 78.

[3]) „Si verebbe anche a consentire a tutti i contrafattori il diritto buttare là in giudizio una eccesione di decadenza, senza che la medesima possa avere la menoma ombra di serietà e di fondamento..." Bosio, op. cit., стр. 24.

Если считать, что официальное свидѣтельство является лишь презумпціей въ пользу того, что патентодержатель, дѣйствительно, осуществилъ свое изобрѣтеніе,— тогда мы получимъ слѣдующую стройную картину.

Onus probandi лежитъ на патентодержателѣ (отвѣтчикѣ). Но ст. 24-ая, in fine, облегчаетъ его положеніе, дозволяя своевременно запастись свидѣтельствомъ [1]); съ этого момента, onus probandi возвращается, нормально, къ истцу: онъ можетъ доказывать, что фабричный инспекторъ выдалъ удостовѣреніе неправильно,—или что производство, впослѣдствіи, было прекращено.

Указанное толкованіе ст. 24-ой и 29-ой сохраняетъ неприкосновеннымъ одинъ основной принципъ, особенно дорогой сердцу всякаго юриста; а именно, имъ сохраняется возможность провести споръ о прекращеніи патента по ст. 29, п. 3—по всѣмъ тремъ судебнымъ инстанціямъ. Существующая же практика даетъ заинтересованнымъ сторонамъ лишь малоцѣнный и лишенный гарантій административный путь.

§ 228. Приведенное толкованіе было бы неполнымъ и незаконченнымъ, если бы я оставилъ безъ разсмотрѣнія вопросъ о публикаціяхъ о прекращеніи патентовъ за неприведеніе въ дѣйствіе. Не уклоняясь отъ того, что было сказано мною выше по вопросу вообще о значеніи публикацій *),—я не могу не замѣтить, что въ данномъ вопросѣ юридическая конструкція публикацій представляется нѣсколько иною, чѣмъ въ вопросѣ объ уплатѣ пошлинъ [2]). Я указывалъ, въ § 224-омъ, что патентодержатель не обязанъ посылать въ Комитетъ квитанцій объ уплатѣ пошлинъ и что, слѣдовательно, Комитетъ можетъ производить публикаціи только

[1]) Въ виду трудности доказывать наличность серьезной эксплуатаціи, я думаю, что въ Германіи промышленники дорого бы дали за то, чтобы правительство дозволило какому-нибудь органу власти выдавать „свидѣтельства“ о приведеніи въ дѣйствіе!

*) А именно, что онѣ имѣютъ декларативное, а не конститутивное значеніе; см. выше, §§ 215—216.

[2]) См. выше, § 224.

тогда, когда онъ удостовѣрится активнымъ разслѣдованіемъ, что привилегія прекратилась.

Не такъ,—въ разбираемомъ здѣсь вопросѣ. Статья 24-ая предписываетъ патентодержателю представлять въ Отдѣлъ удостовѣреніе фабричнаго инспектора и указываетъ даже срокъ для такого представленія. Значитъ, по этому вопросу обязанность собиранія справокъ снята съ Отдѣла категорическимъ постановленіемъ закона. Если въ послѣдній день пятилѣтняго срока въ Отдѣлъ не поступило удостовѣреніе, – Отдѣлъ можетъ тотчасъ же сдѣлать публикацію о прекращеніи.

Эта публикація, an und für sich, не прекращаетъ дѣйствія патента [1]). Однако, въ виду того, что появленіе ея, если патентодержатель привелъ изобрѣтеніе въ дѣйствіе и только не озаботился исполненіемъ формальностей по ст. 24-ой, — не можетъ быть признано случившимся безъ вины со стороны патентодержателя [2]), а также въ виду того, что эта публикація не можетъ не ввести въ заблужденіе третьихъ лицъ,— было бы несправедливымъ сохранять защиту за неаккуратнымъ патентодержателемъ въ томъ же объемѣ, какъ и до производства публикаціи. Въ видѣ практической мѣры можно было бы предложить, чтобы защита патента дѣйствовала послѣ производства указанной публикаціи лишь по отношенію къ тѣмъ третьимъ лицамъ, относительно коихъ патентодержателю удалось бы доказать наличность malae fidei, т.-е. наличность завѣдомости о томъ, что публикаціи были произведены ошибочно.

Въ этомъ и заключается санкція для обязанности представлять удостовѣренія въ Отдѣлъ.

§ 229. Съ точки зрѣнія всего вышеизложеннаго, я могу дать то окончательное сужденіе объ указѣ Прав. Сената 1875 года [3]), которое мною было отложено въ § 215-омъ.

---

[1]) Ср. выше, § 216.

[2]) Иначе въ вопросѣ о пошлинахъ!

[3]) Текстъ, см. стр. 205—207.

Въ этомъ своемъ указѣ, Сенатъ поставилъ вопросъ слѣдующимъ образомъ: допустимо ли прекращеніе такой привилегіи, которая — завѣдомо для Министерства Финансовъ — была приведена, въ срокъ, въ дѣйствіе, но безъ представленія о томъ удостовѣренія «начальства» (см. 197, п. 6)? Путемъ длинныхъ разсужденій Сенатъ пришелъ къ выводу, что изъ двухъ требованій статьи 191-ой одно («дѣйствительное и въ установленный срокъ примѣненіе выданной привилегіи») имѣетъ существенную важность, а другое («представленіе удостовѣренія»)—составляетъ лишь формальное (?) послѣдствіе перваго и потому не существенно. Этимъ своимъ выводомъ, неизвѣстно откуда взятымъ, Сенатъ несомнѣнно нарушилъ явный и недвусмысленный смыслъ п. 6-ого, ст. 197, гласящаго: «Привилегіи прекращаются:... 6) если получившій привилегію не представитъ въ назначенный статьею 191 срокъ въ надлежащій Департаментъ установленнаго въ ней удостовѣренія мѣстнаго начальства». Но разъ ужъ Сенатъ призналъ, что привилегіи, приведенныя въ дѣйствіе, но не удостовѣренныя, не прекращаются—всѣ остальныя его разсужденія о юридическомъ значеніи публикаціи становились совершенно излишними. Въ самомъ дѣлѣ: если приведенная въ дѣйствіе, но не удостовѣренная привилегія не прекращается, то всякая произведенная о ея, будто бы, прекращеніи публикація являлась бы сдѣланною неправильно; — если эта не удостовѣренная привилегія не прекращается, то Сенатъ не только могъ объявить ее дѣйствующею до производства публикаціи, но даже долженъ былъ возстановить ее, если бы публикація уже была произведена. Иначе же получилось рѣшеніе съ самымъ невѣроятнымъ компромиссомъ двухъ взглядовъ. Съ одной стороны, Сенатъ опирается на то соображеніе, что привилегія эта, сама по себѣ, не прекратилась, а съ другой стороны, онъ ссылается еще и на тотъ, безразличный при указанной гипотезѣ, фактъ, что о ея прекращеніи еще не опубликовано.

Итакъ, вопросъ о публикаціяхъ — интересный, съ

научной точки зрѣнія, для выясненія взглядовъ Сената на большую контроверзу, - съ практической точки зрѣнія является въ указѣ 1875 года неожиданнымъ и неумѣстнымъ.

Остается, затѣмъ, вопросъ о юридическомъ значеніи «удостовѣреній начальства». По этому поводу я считаю нужнымъ отмѣтить слѣдующее. Текстъ ст. 197, п. 6-ой былъ совершенно категоричнымъ [1]): онъ прекращалъ привилегіи за «не представленіе въ срокъ удостовѣренія». А между тѣмъ Сенатъ, руководясь соображеніями высшей справедливости, призналъ возможнымъ сохранить въ силѣ привилегію, очевидно приведенную въ дѣйствіе, но, по оплошности изобрѣтателя, не удостовѣренную свидѣтельствомъ начальства: ибо, дѣйствительно, является чудовищнымъ, что привилегія на систему конножелѣзной дороги, явно дѣйствующей на глазахъ всѣхъ на улицахъ С.-Петербурга,—будетъ прекращена за неприведеніе въ дѣйствіе только потому, что изобрѣтатель позабылъ во-время исполнить канцелярскую формальность подачи прошенія фабричному инспектору.—Что же касается текста дѣйствующей ст. 29-ой (п. 3-ій), то онъ является много болѣе благопріятнымъ для предложеннаго мною болѣе либеральнаго толкованія, ибо этотъ пунктъ, въ отличіе отъ пункта 6-ого, ст. 197, ни словомъ не обмолвливается о представленіи свидѣтельствъ «начальства».

Мое заключеніе, слѣдовательно, будетъ гласить такъ: если Сенатъ истолковалъ п. 6-ой, ст. 197 Устава въ смыслѣ достаточности приведенія въ дѣйствіе, хотя бы и безъ исходатайствованія свидѣтельствъ отъ начальства,—то тѣмъ болѣе шансовъ имѣемъ мы предположить, что въ томъ же смыслѣ, эвентуально, будетъ истолкованъ и п. 3-ій, ст. 29-ой Положенія. И это приводитъ насъ къ предложенному выше [2]) тезису.

---

[1]) См. стр. 253.
[2]) См. стр. 249.

VII.

§ 230. Шестымъ способомъ прекращенія патентовъ является добровольный отказъ. Наше законодательство не знаетъ этого способа прекращенія, замѣнивъ его невзносомъ пошлинъ.

Если вспомнить, что отказъ отъ привилегіи можетъ очень серьезно нарушать права третьихъ лицъ, то мы признаемъ правильность той точки зрѣнія, на которой стоитъ нашъ законъ. Въ самомъ дѣлѣ: если патентъ, напримѣръ, отданъ въ закладъ, то закладопринимателю можетъ принять въ разсчетъ всѣ остальные способы прекращенія, кромѣ отказа. Онъ можетъ озаботиться объ уплатѣ пошлинъ, о приведеніи въ дѣйствіе; но онъ не можетъ запретить патентодержателю, вдругъ, ни съ того ни съ сего, подать заявленіе объ отказѣ... А между тѣмъ, это очень серьезно нарушало бы его права.

Относительно особой формы прекращенія патентовъ за ввозъ патентованнаго изобрѣтенія изъ-за границы, извѣстной французскому закону, см. томъ I, стр. 222.

ПОСЛѢСЛОВІЕ.

Опытъ юридической конструкціи патентнаго права.

I. Господствующія конструкціи. § 231. Постановка вопроса. § 232. Четыре элемента конструкціи. § 233. Ихъ взаимоотношеніе. § 234. Критическій обзоръ господствующихъ конструкцій. A. Теорія промышленной собственности, какъ генетика перваго порядка. § 235. Промышленная собственность и облигаторный принципъ. § 236. Теорія промышленной собственности, какъ статика перваго порядка. § 237. Промышленная собственность и законъ конструкціонной экономіи. § 238. Промышленная собственность, какъ собственность sui generis. § 239. Выводы. § 240. B. Контрактная теорія. § 241. C. Персональная теорія. Ея абсолютная цѣнность. § 242. Теорія O. Gierke. § 243. Критика этой теоріи. § 244. D. Имматеріальная теорія (J. Kohler) 1878 года. § 245. Имматеріальная теорія 1880 года. § 246. Имматеріальная теорія 90-хъ годовъ.

II. Генетика перваго порядка. § 247. Два генетическихъ принципа (объективный и субъективный).

III. Генетика второго порядка. § 248. Эволюція облигаторнаго принципа. Пережитки принципа факультативнаго. § 249. Понятіе привилегіи. § 250. Абстрактное и конкретное нормоустановленіе. Ихъ культурное значеніе. § 251. Относительная цѣнность каждаго изъ этихъ способовъ нормоустановленія. Привилегія и позволъ. § 252. Делегированное конкретное нормоустановленіе. § 253. Критерій для выдѣленія делегированныхъ привилегій изъ другихъ актовъ подчиненнаго управленія. § 254. Примѣненіе этого критерія къ русскому Положенію 1896 г.

IV. Статика перваго порядка. § 255. Двойственность патентнаго правоотношенія. Возраженія Kohler'a. § 256. Возраженія Gierke. § 257. Право на патентъ, какъ отношеніе публичнаго права. § 258. Его содержаніе. § 259. Право изъ патента, какъ отношеніе гражданскаго права. Его содержаніе.

V. Статика второго порядка. § 260. Постановка вопроса. § 261. Понятіе монополіи. § 262. Патентное право и монополія. Возраженія юридическія. § 263. Возраженія экономическія. § 264. Понятіе монополіи, какъ юридическая конструкція. § 265. Продолженіе. § 266. Выводы.

I.

§ 231. «Что такое юридическая конструкція? Подъ этимъ названіемъ мы должны разумѣть синтетическое сведеніе того матеріала, который аналитически изучается на всемъ протяженіи работы. Шагъ за шагомъ разсматриваетъ изслѣдователь отдѣльные конкретные вопросы, шагъ за шагомъ толкуетъ онъ, пользуясь всѣми правилами герменевтики, постановленія положительнаго закона. Наконецъ, въ извѣстный моментъ, его работа кончена: всѣ отдѣльные догматическіе вопросы исчерпаны. Значитъ ли, что работа уже и закончена? Очевидно, нѣтъ. Для законченности ей не хватаетъ такой послѣдней общей формулы, которая сводила бы воедино всѣ детали. Подобный заключительный аккордъ долженъ быть полезенъ, съ одной стороны, читателю: иначе ему было бы трудно разобраться въ массѣ умозаключеній, тянувшихся другъ за другомъ въ аналитической послѣдовательности на протяженіи сотенъ страницъ. Съ другой стороны, такой «аккордъ» долженъ быть полезенъ и самому автору: долгій трудъ его можетъ быть уподобленъ работѣ архитектора, тщательно отдѣлывавшаго каждую деталь воздвигаемаго зданія; но вотъ—послѣдній камень обтесанъ и положенъ на свое мѣсто; пора отойти на нѣсколько шаговъ назадъ и окинуть однимъ взоромъ всю совокупность созданной постройки; только издали, вѣдь, видно, насколько отдѣльныя детали гармонируютъ другъ съ другомъ, насколько цѣлостно общее впечатленіе».

Такими словами (I, стр. 45) начиналъ я шесть лѣтъ тому назадъ свою работу, доказывая, почему мнѣ было невозможно дать «конструкцію» патентнаго права о въ началѣ моей работы; я указывалъ, во введеніи, что конструкція имѣетъ смыслъ для читателя только тогда, когда онъ, ознакомившись детально со всѣми отдѣльными элементами института, можетъ, во всеоружіи такого своего знанія, критически отнестись къ

предлагаемому ему синтезу. Я доказывалъ тамъ же, a priori, что изученіе института—вопреки ходячимъ школьнымъ воззрѣніямъ—мыслимо и безъ конструктивныхъ предпосылокъ. Не мнѣ, конечно, судить, насколько самая моя догматическая работа способна a posteriori утвердить убѣжденіе въ правильности такого метода: думается мнѣ, что если попытка моя и была бы признана неудавшеюся,—методъ остается правильнымъ, и неудача должна быть приписана лишь несоотвѣтствію моихъ силъ съ поставленною трудною задачею. Во всякомъ случаѣ, я повторно отмѣчалъ, что противоположный методъ [1]) долженъ привести къ искаженію смысла положительныхъ законовъ [2]).

Соотвѣтственно всѣмъ предъидущимъ моимъ разсужденіямъ мнѣ надлежитъ, такимъ образомъ, изобразить въ настоящемъ мѣстѣ синтезъ всего того матеріала, который былъ изложенъ въ четырехъ главахъ второй книги и въ пяти главахъ—третьей. Я былъ бы очень радъ, если бы дальнѣйшее мое изложеніе могло

[1]) Для его характеристики, въ дополненіе къ тому, что сказано въ томѣ I, на стр. 48, прибавлю слѣдующую цитату изъ диссертаціи Martin St. Léon, De la validité des brevets etc., Paris, 1886, стр. 54: „Il est utile à l'étude des textes de savoir s'ils concèdent un privilège créé par la loi civile, ou s'ils régissent un droit préexistant. Leur interprétation sera plus restrictive ou plus large suivant qu'on admettra l'un ou l'autre système." Я думаю, что при послѣдовательномъ проведеніи этого принципа во всѣхъ его логическихъ консеквенціяхъ, мы должны придти къ полному отрицанію принципа законности: мы будемъ примѣнять не законъ, какъ таковой, а лишь нѣкоторую равнодѣйствующую закона и нашей (субъективной) конструкціи.

[2]) Въ частныхъ разговорахъ мнѣ было сдѣлано нѣсколько возраженій противъ возможности и удобства догматическаго изложенія, коему не предпослалъ синтетическій обзоръ всего института. Возраженія эти не показались мнѣ убѣдительными; пока они не будутъ изложены печатно, я позволю себѣ воздержаться отъ изображенія: почему именно. Здѣсь же отмѣчу, всетаки, что г. Катковъ (op. cit., стр. 216), повидимому, не понялъ моей мысли, указывая меня въ числѣ своихъ единомышленниковъ. Между его акконструктивнымъ изложеніемъ и предлагаемымъ мною методомъ индуктивнаго конструированія—имѣется гораздо большее противорѣчіе, чѣмъ между послѣднимъ методомъ и господствующимъ методомъ конструированія дедуктивнаго. Объ этомъ, впрочемъ, см. подробности въ моей рецензіи на книгу г. Каткова, въ „Правѣ", 1902 г., № 45.

a posteriori убѣдить моихъ читателей въ томъ, что индуктивная конструкція можетъ представлять значительныя удобства изложенія.

§ 232. Всякая конструкція-синтезъ, для того чтобы быть полною и исчерпывающею, должна изображать изучаемый институтъ съ двухъ точекъ зрѣнія: a) статической, и b) генетической.

Ad a. Конструкція прежде всего должна давать статику даннаго правоотношенія, т.-е. 1) описывать тѣ три «примѣты», по которымъ распознаются юридическіе институты: субъектъ, объектъ и отношеніе субъекта къ объекту. Какъ практическое слѣдствіе, изъ этого изученія примѣтъ должны 2) проистекать результаты классификаціонные, такъ какъ расположеніе отдѣльныхъ институтовъ по отдѣльнымъ частямъ системы права происходитъ, очевидно, на основаніи именно этихъ примѣтъ.

Ad b. Подъ генетическою конструкціею можно разумѣть два метода изученія. Во-первыхъ, можно понимать подъ этимъ названіемъ скромную задачу опредѣленія, изъ котораго изъ двухъ юридическихъ источниковъ беретъ свое начало данное правомочіе: основывается ли оно на общемъ законѣ, или на спеціальномъ правосозидающемъ актѣ. Во-вторыхъ, можно понимать подъ этимъ названіемъ болѣе общія разсужденія о причинахъ (соціальныхъ, экономическихъ, историческихъ, этическихъ и т. д.) возникновенія даннаго правоотношенія (генетика второго порядка).

Первые три элемента конструктивнаго синтеза не могутъ возбудить сомнѣній. Не такъ—четвертый элементъ, т.-е. тотъ, который я назвалъ генетикой второго порядка. По поводу этого послѣдняго возможны серьезныя возраженія. Возможно ли и необходимо ли вводить въ строгую логику юридическихъ разсужденій—такіе бытовые, историческіе и экономическіе элементы, которые, сами по себѣ, еще не выконструировались въ правовыхъ категоріяхъ? Я думаю, что мнѣ нѣтъ необходимости поднимать всю контроверзу соотношенія

экономическаго и юридическаго изученія правовыхъ институтовъ, для того чтобы выставить такой тезисъ: не правы лишь тѣ юристы, которые стараются выдать свои экономо-бытовыя разсужденія за самую сущность юридическаго конструированія (и дальнѣйшее изложеніе покажетъ, какъ много такихъ юристовъ даже среди выдающихся знаменитостей);—что же касается допустимости введенія экономистики въ качествѣ дополненія къ чистой юриспруденціи, то таковая допустимость не можетъ быть оспариваема. Юриспруденція, изучающая положительное право, движется на путяхъ догматическаго изслѣдованія; и, слѣдовательно, юриспруденціи, какъ догмѣ, чрезвычайно трудно изображать одну изъ самыхъ важныхъ сторонъ всякаго соціальнаго явленія: то, чего еще нѣтъ, но наступленіе чего уже чуется. Догма, какъ таковая, игнорируетъ будущее: это послѣднее можно изложить только съ точки зрѣнія экономистики, ибо это будущее обусловлено живою экономистикою въ значительно бо̀льшей степени, чѣмъ недвижною догмою. Въ случаѣ конфликта двухъ указанныхъ элементовъ, уступаетъ, въ концѣ концовъ, какъ извѣстно, догма.

Слѣдовательно, бытовые элементы имѣютъ право быть введенными въ конструкцію, какъ дополненіе къ ней: постольку, поскольку они или уже деформировали послѣдовательность наличной догмы, или способны—въ будущемъ—измѣнить дальнѣйшую ея эволюцію. Экономистика есть чаяніе будущаго.

§ 233. Если подробно разсмотрѣть указаные выше четыре элемента, то мы замѣтимъ, что они связаны закономъ логической необходимости только попарно. А именно: историко-экономическія причины (въ дальнѣйшемъ я буду называть ихъ ante-юридическимъ элементомъ) могутъ вліять на то, что данный институтъ въ одной странѣ будетъ считаться привилегіей, а въ другой—общегражданскимъ правомъ; или на то, что въ одной и той же странѣ этотъ институтъ изъ привилегіи, съ теченіемъ времени, превратится въ обще-

гражданскую норму. Но эти же ante-юридическія причины не въ состояніи подѣйствовать на классификаціонное мѣсто, которое достанется вновь народившемуся институту: то обстоятельство, что въ одной странѣ фидеикомиссы будутъ введены изъ соображеній индивидуалистическихъ (преклоненіе предъ вѣчно-дѣйствующею волею собственника), а въ другой—изъ соображеній общественныхъ (дворянство, etc.!) — не можетъ повлечь помѣщенія этихъ фидеикомиссовъ въ первой странѣ въ одну часть гражданской системы, а во второй—въ другую.

Точно также не можетъ повліять на статику правоотношенія—и его привилегіонный *) или общегражданскій характеръ. Всякая привилегія можетъ создать правомочіе въ какой угодно части общей системы **): право личное, семейственное, наслѣдственное, вещное и т. д. Это обстоятельство можетъ показаться трюизмомъ: а между тѣмъ, оно, сплошь и рядомъ, упускается изъ виду авторами.

Такимъ образомъ ни одинъ изъ генетическихъ элементовъ не вліяетъ каузально на статическіе, и наоборотъ. Но каждый элементъ вліяетъ каузально на своего товарища въ группѣ (т.-е. первый статическій на второй, и обратно; то же для генетики).

Изъ этого тезиса вытекаютъ такого рода слѣдствія. Полная конструкція можетъ удовольствоваться однимъ статическимъ и однимъ генетическимъ элементомъ: простой логики будетъ тогда достаточно для того, чтобы правильно построить недостающіе элементы. Напримѣръ: это право отнесено къ категоріи собственности, ergo его субъектъ, объектъ и отношеніе должны быть слѣдующими... Или: данный интересъ признается въ данномъ

*) Прошу простить мнѣ этотъ необходимый неологизмъ.

**) Сказать, что патентное право есть привилегія—это ничего не сказать. „Damit ist nur die Art und Weise der Begründung.. nicht aber der rechtliche Character der Berechtigung selbst bestimmt, denn die durch Privilegien verliehenen Rechte können ihrem Inhalte nach sehr verschieden sein". Schmid, Ueber dingliche Gewerbereche, въ Archiv civ. Praxis, XLIV, стр. 4.

обществѣ подлежащимъ защитѣ во всѣхъ случаяхъ безъ исключенія,—ergo, мы имѣетъ дѣло съ jus generale. И наоборотъ.

Но ошибочно поступаютъ тѣ авторы, которые считаютъ возможнымъ ограничиться парой статическихъ, или парой генетическихъ элементовъ, или (что еще хуже!) однимъ какимъ-либо изъ четырехъ элементовъ.

Съ точки зрѣнія только что изложенной схемы логическаго соотношенія четырехъ необходимыхъ элементовъ всякой конструкціи, я позволю себѣ подвергнуть подробному анализу нѣкоторыя изъ господствующихъ доктринъ, начавъ съ наиболѣе старой и наиболѣе крѣпко укоренившейся пропріетарной конструкціи (propriété industrielle).

§ 234. А. Защитники теоріи промышленной собственности распадаются на два класса, соотвѣтственно тому, который изъ двухъ конструкціонныхъ элементовъ доминируетъ въ ихъ аргументаціи. На болѣе низкой ступени юридическаго мышленія стоятъ тѣ изъ нихъ, которые довольствуются соображеніями генетическаго порядка, т.-е. тѣ, которые считаютъ доказанною полную аналогію институтовъ нематеріальной и вещественной собственности, разъ доказана аналогія ихъ возникновенія.

Схематически, эта категорія аргументовъ можетъ быть изображена слѣдующимъ образомъ. «Oui on non, le travail peut-il engendrer la propriété?» — спрашиваетъ Y. Guyot [1]), т.-е.: можетъ ли трудъ повести къ созданію права собственности? На такой вопросъ, конечно, отвѣчаютъ утвердительно. Наиболѣе начитанные [2]) изъ авторовъ данной категоріи ссылаются при этомъ на солидные авторитеты, начиная съ Локка, сказавшаго: «The labour... and the work of his hands, we may say are properly his. Whatsoever that he removes out of the state that nature has provided, and left in it, he has mixed

[1]) Y. Guyot, L'inventeur, Paris, 1887, стр. 300.

[2]) Напр. A. Osterrieth, Die Geschichte des Urheberrechts in England, Leipzig, 1895, стр. 119, прим. 39.

his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes his property... For the labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he etc....» (Я нарочно привелъ эту длинную цитату въ подлинникѣ: она имѣетъ громадное значеніе для разбираемаго вопроса, такъ какъ въ ней курьезнымъ образомъ скомбинировано многое такое, съ чѣмъ намъ придется считаться въ дальнѣйшемъ изложеніи).

Итакъ, трудъ индивида можетъ «родить» (engendrer) собственность.

Доказавъ такое, въ сущности, безобидное, положеніе,—авторы данной категоріи дѣлаютъ, затѣмъ, легкую перемѣну фронта и говорятъ: значитъ, все то, что является продуктомъ труда, есть собственность лица трудившагося. «Che cosa è il prodotto d'un lavoro per il suo autore?—La guistizia e l'economia politica rispondono: una proprietà [1])». Но разъ принять такой тезисъ за вѣрный—уже невозможно не согласиться и со всею теоріею промышленной собственности цѣликомъ. Ибо конкретно примѣнить обѣ посылки, заключающіяся въ цитированномъ тезисѣ, къ праву изобрѣтателя—ничего не стоитъ. А именно: 1) несомнѣнно, что изобрѣтатель затрачиваетъ—при нормальныхъ условіяхъ—большое количество труда *); 2) столь же несомнѣнно, что изобрѣтеніе (или литературное произведеніе) составляетъ продуктъ этого труда; не трудно даже доказать, что стихотвореніе или философская система (а по аналогіи—и техническое изобрѣтеніе) являются продуктомъ труда въ большей степени, чѣмъ предметы вещественные:

---

[1]) F. Cotarelli, Le privative industriali, Cremona, 1888, стр. XXXV;—списано, безъ указанія источника, у Limousin, De la propriété intellectuelle industrielle, Paris, 1873, стр. 5.

*) Для иллюстраціи: „Comment, on aura passé sa vie dans l'exercice de l'étude pour développer ses facultés plus ou moins exceptionnelles qu'on tient de la nature et qui ne seraient rien sans le travail; on aura sacrifié plus d'argent pour faire son apprentissage d'homme de talent qu'il ne faudrait pour ouvrir une boutique,—et on n'aura pas la propriété des produits de son travail!" O. Comettant, La propriété intellectuelle au point de vue de la morale et du progrès, Paris, 1858, стр. 16.

они чище, яснѣе реализуютъ творческую силу человѣка, независимо отъ условій матеріальнаго міра; вѣдь для того, чтобы сдѣлать лопату,—недостаточно одного чистаго труда, надо найти въ природѣ кусокъ желѣза и деревянную палку *); поэма же создается одною силою творчества

Я повторяю, что обѣ цитированныя посылки мнѣ кажутся неопровержимыми—и я считалъ бы наивнымъ утверждать (какъ дѣлаютъ нѣкоторые авторы), что изобрѣтеніе не есть продуктъ труда изобрѣтателя потому, что изобрѣтенія часто дѣлаются случайно (соображеніе, аналогично примѣнимое и къ авторскому праву). Я думаю, что критика должна направить свои удары совсѣмъ не на тотъ пунктъ анализируемой аргументаціи. Выше я уже намѣтилъ, въ чемъ заключается ея слабое мѣсто. А именно, положеніе (вѣрное) «трудъ даетъ въ результатѣ собственность» — отнюдь не должно быть осложняемо введеніемъ побочнаго элемента: вся-

*) См. съ этой точки зрѣнія любопытнѣйшія разсужденія L. Schröter'a (Das Eigenthum im Allgemeinen und das geistige Eigenthum insbesondere für Gelehrte etc., Breslau, 1840), доказывающаго, что литературная собственность есть идеальная форма института собственности. Онъ разсуждаетъ такъ: „Wenn wir auch beim Ackerbau im Zustande der höheren Kultur, wegen der schöpferischen Kraft des Menschen, das Eigenthum als ein rechtmässiges anerkennen, so ist doch diese Gattung der menschlichen Schöpfung nur secundärer Art... Ohne das Zuthun der Natur würde [hier der Mensch] dem Boden bei aller Anstrengung nichts abgewinnen können... Selbstständiger zwar zeigt sich der Mensch schon im Gebiete der Kunst und des Gewerbes, und seine Eigenthums-Ansprüche enthalten schon einen höheren Begriff des Rechtes. Alle Hülfe der Natur kann aber auch des Meisters und des Künstlers Hand nicht entbehren. Den Stoff der Arbeit mindestens muss er aus dem Gebiete der Natur entlehnen, und das gewonnene Produkt bleibt immer ein zusammengesetztes Eigenthum (!), das theils dem Menschen, theils der Natur angehört (!!). [Удивительное увлеченіе прямолинейнымъ развитіемъ тезиса: природа творила часть продуктовъ, ergo она имѣетъ часть права собственности! Однимъ изъ собственниковъ является природа!]... Im Gebiet des Geistes allein tritt der Mensch durch eigene Macht ohne äussere Hilfe schaffend ganz als vollendeter Schöpfer hervor. Bei den Geistes-Produkten nur bekundet sich das höhere Wesen des Menschen, was Alles in sich und aus sich selbst erzeugt und selbst den Stoff nicht aus der Natur entlehnt... Stoff wie Form, beides, ganz hat der Mensch es geschaffen und ganz muss es auch ihm gehören (!)“ Стр. 23—24.

кій трудъ даетъ въ результатѣ непосредственную собственность. Въ такой формѣ положеніе становится ложнымъ. Тезисъ этотъ настолько очевиденъ, что его даже неловко доказывать. Есть, напримѣръ, очень много формъ труда, которыя въ результатѣ не даютъ абсолютно никакого объекта, допускающаго присвоеніе: игра актера, урокъ учителя, услуга желѣзной дороги, посредничество коммивояжера, дѣйствія нотаріуса или священника не оставляютъ рѣшительно никакого предмета (хотя бы даже и невещественнаго!), который бы подлежалъ непосредственной аппропріаціи. Всѣмъ этимъ лицамъ «платятъ», то есть возвращаютъ услугой за услугу: но вѣдь нельзя же сказать, что эта плата (или ея эквивалентъ) именно и составляетъ продуктъ труда учителя или нотаріуса [1]). Съ другой стороны, есть много формъ труда, производящаго (вещественные или невещественные) предметы, доступные аппропріаціи,— но лишеннаго возможности присваивать себѣ именно эти предметы: архитекторъ, который нанялся выстроить казарму для государства, пріобрѣтаетъ право собственности не на непосредственный продуктъ своей дѣятельности, а на нѣчто другое, болѣе отдаленное (жалованье).—Поэтому, общія положенія должны гласить: 1) продуктъ отнюдь не всегда является собственностью того, кто надъ нимъ непосредственно работалъ [2]), и 2) тотъ, кто трудился, отнюдь не всегда имѣетъ право собственности на непосредственные продукты его труда.

Цитированный выше тезисъ, слѣдовательно, дѣлаетъ ошибку въ томъ, что говоритъ: «изобрѣтатель долженъ

[1]) Аналогичныя, но нѣсколько грубыя по формѣ, замѣчанія у Proudhon, Majorats littéraires, въ Oeuvres complètes, Vol. XVI, Paris, 1868. стр. 19.

[2]) См., какъ неловко чувствуетъ себя Gans, пробуя аргументировать съ противоположной точки зрѣнія: „C'est le travail de l'inventeur, la peine qu'il s'est donnée, qui est la cause efficiente de son droit sur la chose produite, et c'est la propriété qui est la récompense, le prix de ce travail". H. Gans, Etude sur la protection légale des inventions etc., Lausanne 1890, стр. 5.

получить собственность на непосредственный продуктъ своего труда [1])». Этого слѣдствія невозможно вывести изъ (вѣрнаго?) положенія: «Le travail engendre la propriété [2])».

Такова первая и наиболѣе грубая форма пропріетарной теоріи: она смѣшиваетъ, слѣдовательно, генетику перваго порядка со статикой второго порядка, выводя вторую изъ первой. Т.-е. эта теорія говоритъ (изображая схематически): изобрѣтатель трудится, трудъ заслуживаетъ защиты, ergo изобрѣтатель имѣетъ собственность. Правильно же было бы сказать: ... ergo изобрѣтатель имѣетъ обще-гражданское право на защиту, какъ и всякій другой труженикъ. Генетика перваго порядка преюдицируетъ генетикѣ же второго порядка,—но отнюдь не статикѣ.

§ 235. Правильность только что приведеннаго тезиса можно доказать на основаніи работъ самихъ защитниковъ теоріи промышленной собственности.

А именно, имѣется возможность доказать, что зна-

---

[1]) Какъ искусно замаскировывается обыкновенно эта ошибка въ облаченія тонкой діалектики, ср. Laboulaye, въ Dictionnaire des arts et manufactures, Vol. III, 1886, „Economie industrielle“, стр. 77—78 (четыре столбца!) и слѣдующую цитату изъ работы K. Schmidt'a, Der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und der Politik, Jena, 1823, стр. 90: „Da nun... der Mensch überhaupt an der Natur nur in so weit ein Eigenthum erwerben kann, als er den natürlichen Gegenständen eine willkürliche Verbindung, oder eine gewisse Form giebt, ihnen gleichsam den Stempel seines verständigen Geistes aufdrückt; diese Form aber als das Ergebniss seiner Thätigkeit von keinem Anderen gegen seinen Willen gebraucht oder zerstört werden kann, ohne sich die Kräfte des Urhebers als Sache zuzueignen (!)... So ist auch bei Geisteswerken diese Form ebenso gut Eigenthum ihres Urhebers als bei anderen Gegenständen“. Если хорошо разобраться — та же ошибка!

[2]) Въ 1747 году вышла въ Лондонѣ брошюра: A letter from an author to a Member of Parliament concerning litterary Property; въ этой брошюрѣ конструкція собственности оправдывается главнымъ образомъ тѣмъ соображеніемъ, что авторъ создаетъ полезность.. Реферируя объ этой брошюрѣ A. Osterrieth (Geschichte etc., стр. 119) говоритъ: „Wir müssen gestehen, dass wir heute noch nach 150 Jahren kaum über die Lehre des Bischofs von Gloucester (предполагаемый авторъ брошюры) hinausgekommen sind“. Милое признаніе, которое не дѣлаетъ чести школѣ промышленной собственности!

чительное количество сторонниковъ этой теоріи, официально выводя изъ первой генетики («трудъ»)—вторую статику («собственность»), въ глубинѣ своего сердца, безсознательно, борются лишь за вторую генетику же («право», облигаторный принципъ [1]) патентнаго права). Эти люди въ своихъ помышленіяхъ вовсе не повинны въ той логической ошибкѣ, которую они настойчиво совершаютъ «дѣломъ».

Вся первая глава второй книги имѣла въ своемъ основаніи скрытую тенденцію: доказать, что пропріетарная теорія появилась въ тотъ моментъ, когда впервые серьезно заговорили объ облигаторномъ принципѣ въ патентномъ правѣ [2]), т.-е. когда впервые возникла необходимость доказать, что патентное право не есть милость, даруемая королемъ, а есть право изобрѣтателя, право столь же святое какъ право отца, мужа, завѣщателя, собственника и т. д. Эту святость патентнаго права можно доказать внѣ привлеченія понятія собственности: эта истина кажется намъ трюизмомъ; но ея не знали въ XVIII вѣкѣ. Boufflers [3]) хотѣлъ сказать: патентное право свято, — а сказалъ: патентное право есть собственность и потому—свято. Промежуточный элементъ (собственность) былъ для Boufflers совершенно безразличенъ. Если бы ему гарантировали святость, онъ, конечно, не сталъ бы ломать копья за собственность.

Точно такъ же, въ началѣ XIX вѣка, теорія собственности защищается не какъ цѣль, а лишь какъ средство въ борьбѣ за консолидацію облигаторнаго начала *). Къ тому, что мною сказано было по этому

[1]) Томъ I, § 26.

[2]) Томъ I, § 27.

[3]) Томъ I, § 27.

*) „Le respect traditionnel qui s'attache au nom même de la propriété a mis en crédit auprès des littérateurs son application au droit qui leur appartient sur leurs oeuvres; droit juste et légitime, longtemps indignement méconnu, et dont on croit mieux constater la légitimité et la justice en la décorant métaphoriquement de ce prestige.“ Renouard, Du droit industriel dans ses rapports etc., Paris, 1860, стр. 344.

поводу въ историческомъ очеркѣ [1]), я прибавлю здѣсь слѣдующую цитату. Въ засѣданіи 24 марта 1843 г., въ палатѣ французскихъ перовъ, нѣкто виконтъ Dubouchage произнесъ рѣчь въ защиту пропріетарной теоріи. Этотъ невѣдомый виконтъ былъ плохой юристъ, или, во всякомъ случаѣ, плохой дипломатъ: то, что̀ другіе думали про себя, онъ наивнымъ образомъ высказалъ вслухъ. Его рѣчь, поэтому, даетъ драгоцѣнный матеріалъ именно для выясненія тѣхъ закулисныхъ сторонъ анализируемой теоріи, о которыхъ конфузились говорить тогдашніе юристы-профессіоналы. Виконтъ говорилъ такъ [2]): «Мы просимъ, чтобы слово собственность было вставлено въ текстъ закона — и просимъ по важнымъ мотивамъ; слова имѣютъ громадное вліяніе на тѣ умы, которые (и какъ много такихъ умовъ у насъ во Франціи!) не могутъ проникать до сущности вещей. Поверхностный человѣкъ будетъ уважать изобрѣтеніе своего сосѣда только тогда, когда законъ будетъ предупреждать его, что это изобрѣтеніе есть собственность. Если же законъ будетъ хранить по этому важному вопросу молчаніе, то сейчасъ же найдутся завистники, которые скажутъ: «это — монополія, долой ее!...» Такъ говорилъ виконтъ Dubouchage. Устами младенцевъ истина глаголетъ.

То же опасеніе существуетъ и до нашихъ дней [3]). Доказательства, впрочемъ, имѣются лишь косвенныя, такъ какъ преемника виконту въ наше время, къ сожалѣнію, не нашлось. Ни чѣмъ инымъ, какъ существованіемъ такого опасенія, нельзя, напримѣръ, объяснить то обстоятельство, что почти всѣ писатели французской школы, отрицающіе теорію собственности, немедленно считаютъ своимъ долгомъ оговориться: «pour

[1]) Томъ I, § 26 и сл.

[2]) Moniteur Officiel, 1843 г., стр. 542.

[3]) Ничѣмъ инымъ нельзя объяснить слѣдующій аргументъ мотивовъ Гражд. Улож. (стр. 280): Имѣется „существенный практическій интересъ“ въ томъ, чтобы „признать авторское право не какимъ-либо (?) зависимымъ, прекарнымъ правомъ (?), а именно правомъ собственности“.

ne pas constituer une propriété, il (le droit du breveté) n'en n'est pas pour cela moins respectable [1])». Аналогична оговорка Legentil'я: «Я соглашаюсь съ тѣмъ, что права изобрѣтателя столь же священны, какъ и всякія иныя,—однако я думаю, что эту священность можно признавать, не втискивая патенты въ рамки конструкціи, противорѣчащей здравому смыслу [2])». Приведу, наконецъ, отрывокъ изъ новѣйшей анонимной рецензіи [3]): «Мы думаемъ, что это право [=патентное], по происхожденію и священному своему характеру, вполнѣ аналогично матеріальной собственности, но отличается отъ этой послѣдней по тѣмъ юридическимъ послѣдствіямъ, которыя проистекаютъ изъ нематеріальности его объекта [4])».

Тѣхъ замѣчаній, которыя изложены въ моемъ историческомъ очеркѣ, достаточно для того, чтобы доказать, насколько ложны всѣ подобные страхи. Право изобрѣтателя можетъ быть конструируемо внѣ формъ собственности и, все-таки, какъ право. Т.-е., значитъ, наше правовоззрѣніе въ настоящее время настолько развилось, что мы съ несомнѣнною очевидностью признаемъ ложнымъ утвержденіе Chevalier, когда-то прежде имѣвшее вѣсъ: «Pour qu'il y eut droit, il faudrait (?) que le breveté pût alléguer une propriété [5])».

Все сказанное позволяетъ мнѣ сдѣлать такой выводъ: грубая форма пропріетарной теоріи («трудъ, ergo собственность») вѣрна постольку, поскольку она — без-

[1]) Darras, у Say, Dictionnaire d'économie politique. Paris. 1892, стр. 663.

[2]) Journal des Economistes, LX, стр. 260.

[3]) Propr. Ind., X, стр. 129.

[4]) Изъ нѣмецкихъ авторовъ: „Durch die Zurückweisung des Eigenthumsrechts in juristischem Sinne wird der Rechtsschutz für neue Erfindungen im Gebiete der Technik nicht ausgeschlossen". Kleinschrod, Die internationale Patentgesetzgebung, Erlangen, 1855, стр. 13; — Ср. Thirion (въ La propriété industrielle, littéraire et artistique, edit. de Dejey, 1880, № 20, стр. 19): „On est en présence ici d'une propriété d'un genre spécial, ce qui ne prouve nullement qu'elle ne doive pas être garantie".

[5]) Въ засѣданіи 22 ноября 1862, въ Académie des sciences morales et politiques, vol. VIII, Paris, 1863, стр. 257.

сознательно—выводитъ генетику второго порядка изъ генетики перваго порядка и говоритъ, что право изобрѣтателя есть обще-гражданское право *); она ложна, поскольку она, насилуя логическіе законы, выводитъ вторую статику изъ генетики перваго порядка и говоритъ, что изобрѣтатель имѣетъ «собственность» потому, что онъ трудится.

§ 236. На болѣе высокой точкѣ зрѣнія стоятъ тѣ защитники теоріи промышленной собственности, которые сознательно строятъ, — для того, чтобы получить искомый второй статическій результатъ («собственность»), — именно статику перваго порядка, т.-е. тѣ, которые стремятся доказать сходство юридическихъ элементовъ (объектъ, субъектъ, содержаніе и т. д.) промышленной собственности съ одной стороны и вещественной — съ другой.

Эта категорія аргументовъ [1]) распадается на двѣ группы, соотвѣтственно двумъ основнымъ конструкціямъ права собственности: положительной и отрицательной. Въ первую группу мы поставимъ тѣ, которые ссылаются на всеобъемлющій положительный характеръ права собственности (обыкновенно даже со ссылкой на ст. 544, Code Civil: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue»). — Право собственности дозволяетъ собствен-

*) Позволю себѣ привести нѣсколько добавочныхъ цитатъ изъ тѣхъ авторовъ, у которыхъ пропріетарная теорія имѣетъ, преимущественно, генетическій характеръ. A. Huard (Etude comparative des législations française et étrangères en matière de propriété littéraire et artistique, Paris, 1863, 16°, стр. 8): „L'inventeur est traité par la majorité des législateurs plutôt comme un utile serviteur qui mérite des encouragements et auquel on daigne accorder une récompense, quand il l'implore, que comme un propriétaire dont le droit, écrit dans la raison humaine, ne dépend ni de l'arbitraire, ni de la faveur".—A. Frank (Philosophie de droit civil, Paris, 1886, стр. 239): „La valeur des livres . . . . est donc la création des auteurs; partant elle est leur propriété comme le champ est la propriété de celui qui le féconde; . . . et si elle est une propriété, tout est dit, elle n'a pas besoin ni de vos concessions, ni de vos privilèges".

[1]) Не говорю: „авторовъ", ибо у одного и того же автора аргументы разныхъ категорій переплетаются; мнѣ же важно установить чистую категоризацію различныхъ разсужденій.

нику распоряжаться вещью, какъ ему угодно: не то же ли мы видимъ и въ правѣ изобрѣтателя?—развѣ онъ не воленъ сдѣлать съ изобрѣтеніемъ все, что ему угодно (даже уничтожить, не пользоваться)?—развѣ къ праву автора на невысказанную еще идею не подойдетъ Стефеновское опредѣленіе собственности (сія любопытная конструкція гласитъ [1]): «The right of property is the principle by which one man claims and exercises a sole and despotic (!) dominion... to the total exclusion of all other individuals»)?—Kramer [2]) прямо говоритъ: «какъ dominium есть совокупность всѣхъ мыслимыхъ правъ, которыя можно имѣть на вещественный объектъ,—такъ авторское право дозволяетъ автору «ursprünglich» (=до изданія?) «alle und jede Befugniss auszuüben», совершать надъ своимъ сочиненіемъ всѣ тѣ дѣйствія, которыя вообще мыслимо надъ нимъ совершить». Аналогично утвержденіе и Eisenlohr'a [3]): «Собственность есть полная правовая власть надъ физическимъ объектомъ, а литературная собственность есть столь же полная правовая власть надъ интеллектуальнымъ объектомъ».

Вторую группу составляютъ тѣ аргументы, которые исходятъ изъ отрицательной конструкціи абсолютныхъ правъ (т.-е. такой, которая сводитъ содержаніе права собственности къ безконечному количеству обязанностей воздержанія всѣхъ третьихъ лицъ, по отношенію къ данной вещи). Впрочемъ, въ эту категорію можно поставить одного единственнаго автора, кажется, нашего соотечественника [4]): другихъ примѣровъ я не

---

[1]) Stephen, Commentaries, 11-ое изд., London, 1890, Vol. I, стр. 156.

[2]) W. Kramer, Die Rechte der Schriftsteller und Verleger, Heidelberg, 1827, стр. 48—49.

[3]) C. Eisenlohr, Das litterarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht, Schwerin, 1855, стр. 44.

[4]) Baron C. von Wrangel, Die Prinzipien des litterarischen Eigenthums mit specieller Rücksicht etc., Berlin, 1866, стр. 12: „Indem wir die rohe Auffassung, welche ohne weiteres von der isolirten Person zur Sache hin ein Recht statuiren will, beseitigt haben, haben wir auch das Haupt-

нашелъ. Wrangel разсуждаетъ такъ [1]): основаніемъ вещественной собственности является солидарная обязанность третьихъ лицъ воздерживаться отъ вмѣшательства въ сферу собственника; интеллектуальная собственность можетъ быть приведена къ той же самой конструкціи; ибо авторъ имѣетъ право требовать отъ посторонніхъ лицъ не положительныхъ какихъ-либо дѣйствій, а лишь воздержанія по отношенію къ «einem gleichsam ruhend vorhandenem Gegenstande»; сущность авторскаго права есть «zunächst die Ableitung», т.-е. то же самое, что и при вещественной собственности.

Обѣ эти аргументаціи являются несхожими лишь внѣшнимъ образомъ и поэтому, въ цѣляхъ критики, онѣ могутъ быть соединены въ одно цѣлое: для критика безразлично, будетъ ли онъ анализировать правомочія изобрѣтателя, или соотвѣтствующія имъ обязанности третьихъ лицъ; важно лишь то, чтобы доказать несходство, существующее между обязанностями, возлагаемыми съ одной стороны вещественною собственностью, а съ другой — патентнымъ правомъ; разъ будетъ доказано несходство обязанностей, — несходство правомочій вытечетъ само собой, какъ естественное слѣдствіе; обѣ приведенныя конструкціи стоятъ и падаютъ вмѣстѣ [2]).

---

hinderniss der Annäherung der Theorie des geistigen Eigenthums und derjenigen des materiellen Eigenthums weggeräumt."

[1]) Ibidem.—Отчасти въ эту группу надо причислить и Fr. Zoll, Privatrechtliche Studien aus dem Patentrecht mit etc., Wien, 1894, стр. 25—26 и друг.

[2]) Не останавливаюсь на аргументаціи, встрѣченной мною у Mandry (Gesetz vom 28 Juni 1865 zum Schutze des Urheberrechts etc., въ Dollmanns Gesetzgebung des Königreichs Baiern, I Theil, 5-er Band, Erlangen, 1867, стр. 86): „Während bei dem Eigenthume die negative Verpflichtung Aller eine secundäre Folge aus der unmittelbaren rechtlichen Beziehung zur Sache ist, ist die Verpflichtung des gesammten Publikums, die Vervielfältigung und Verbreitung.... eines fremden litterarischen oder artistischen Erzeugnisses zu unterlassen, der primäre Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst." Т. е. Mandry строитъ вещественную собственность по положительной схемѣ, а авторское право по отрицательной и на этомъ основываетъ доказательство: ergo первая не = второму. Мнѣ хотѣлось бы доказать то же положеніе болѣе рѣзкими аргументами, ибо вопросы о томъ, гдѣ

§ 237. Поскольку теорія промышленной собственности является передъ нами въ формѣ только-что изображенной, soi disant доказанной, статики перваго порядка—съ умозаключеніями, въ формѣ выводовъ, о статикѣ второго порядка, она должна удовлетворять слѣдующему основному требованію: она должна установлять съ полною очевидностью, что всѣ существенные юридическіе элементы понятія патентнаго права совпадаютъ съ аналогичными элементами вещественной собственности.

Въ только что приведенномъ положеніи необходимо поставить особенное удареніе на словахъ «всѣ существенные юридическіе элементы». Дѣло въ томъ, что неразвитое юридическое мышленіе очень часто руководится, такъ называемымъ, закономъ конструкціонной экономіи. Законъ этотъ заключается въ слѣдующемъ: появленіе какого-нибудь новаго соціально-правового явленія всегда вызываетъ — какъ инстинктивный первый порывъ—желаніе субсуммировать это явленіе въ одну изъ издавна установившихся, издавна извѣстныхъ юридическихъ категорій. Съ точки зрѣнія такой конструкціонной экономіи, можно было бы, напримѣръ, сдѣлать любопытный обзоръ тѣхъ построеній, которыя производились съ различными новыми факторами нашей общественной жизни: бумаги на предъявителя, страхованіе рабочихъ, даже вексель — сдѣлали сначала полный кругооборотъ по всѣмъ сколько-нибудь подходящимъ институтамъ, ища себѣ прибѣжища; и только очевидная невозможность всѣхъ и каждой «аналогичной» конструкціи приводила юристовъ, volens nolens, къ сознанію необходимости поработать надъ конструкціей самостоятельною. Вспомнимъ, что во Франціи отвѣтственность предпринимателей за несчастія съ рабочими первоначально строилась по аналогіи съ отвѣтственностью перевозчика за сохранность ввѣренныхъ

обязанности третьихъ являются primäres, а гдѣ—secundäres Element, сами по себѣ, слишкомъ спорны.

ему вещей, такъ что рабочій уподоблялся à un colis de marchandise [1])! Точно та же исторія случилась и съ авторскимъ правомъ: его поочереди совали и въ обязательственныя [2]), и въ личныя [3]), и въ имущественныя права. Въ имущественныхъ же правахъ, благодаря столь распространенному смѣшенію юридическаго понятія собственности (Eigenthum, proprietas) съ неюридическимъ родственнымъ понятіемъ принадлежанія, присвоенности [4]) (Zugehörigkeit, proprium), — ав-

[1]) Sainctelette и Jauzet, на конгрессѣ 1900 г.

[2]) „Договорная“ теорія, см. томъ I, § 27, и ниже, § 240.

[3]) „Личная“ теорія, см. ниже, § 241 и сл.

[4]) Насколько развито это смѣшеніе, можно судить по тому, какъ сильно распространено употребленіе слова „собственность“ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ на лицо ни тѣни какого либо права вообще. Л. Толстой (Критика догматическаго богословія, Genève, 1891, стр. 72) говоритъ: „все что мы ни имѣемъ, есть собственность Бога“. Аналогично, многіе старые писатели: „DEO plenissimum tribiimus dominium“ (M. Hanovii, Meditamenta nova, Spec. I etc., Gedani, 1741, стр. 11). — Hartmann (Militärnothwendigkeit und Humanität, Berlin, 1878, стр. 9) говоритъ: „Die Gesittung der Gegenwart als Eigenthum weiter Kreise der im Volksheere vertretenen Nation“. Тѣмъ же смѣшеніемъ объясняется тирада Dircks, Inventors and Inventions, London, 1867, стр. 81: „It has never been disputed, until of late, that what we may give or retain (поцѣлуй?), is decidedly a personal and disposable property etc...“ — и утвержденіе Spence (Preceedings etc., III, стр. 111), что по истеченіи патентнаго срока изобрѣтеніе дѣлается собственностью... публики. Тѣмъ же, наконецъ, смѣшеніемъ грѣшатъ всѣ авторы, говорящіе о собственности авторовъ и изобрѣтателей на еще не высказанныя ими идеи. „Tant que l'idée, la conception d'une découverte n'est pas émise, il est incontestable qu'elle est la propriété exclusive de celui qui l'a enfantée“. Rapport Dupin, Moniteur officiel, 7 Juillet 1843. — Ср. типичное проявленіе ошибки въ аналогіи, выставленной Eichleiter'омъ (Beantwortung der im Jahre 1883 etc., St. Gallen, 1886, стр. 12): „So gewiss aber als mein Kopf, — so lange ich ihn nicht von Gesetzes wegen verwirkt habe (!!), mein ist, so gewiss sind auch die in demselben selbstständig (!) entstehenden Gedanken und Ideen wenigstens (!) in so lange mein Eigenthum, als ich sie für mich behalte (!)“. Здѣсь что ни слово, то драгоцѣнный курьезъ. Ср. Coryton (цит. у Robinson, I, стр. 38, прил. 2); M. Chevalier (Des brevets d'invention etc., Paris, 1882, стр. 42); Hardy de Beaulieu (Discussion sur la propriété des inventions, въ Journal des Economistes, LXXI, стр. 87): „L'homme est le maître, le possesseur exclusif, le propriétaire de ses facultés (!)“; Graeff, (Versuch einer einleuchtenden Darstellung des Eigenthums etc., Leipzig, 1791, стр. 5): „Die Kräfte des Geistes so wie die Früchte desselben sind ein ausschliessliches und unbestreitbares Eigenthum des Schriftstellers“.

торское право, конечно, отнесли къ правамъ собственности. Кому принадлежатъ (въ не-техническомъ смыслѣ!) произведенія литературы, искусства и техники?—Конечно, ихъ авторамъ и изобрѣтателямъ (Diderot: «L'auteur est maître de son ouvrage, ou personne dans la société n'est maître de son bien»). Ergo авторы и изобрѣтатели являются ихъ собственниками (въ техническомъ смыслѣ). Благодаря тому же самому процессу, въ былыя времена дѣти считались собственностью отца, жена — собственностью мужа, части тѣла — собственность человѣка [1]), благородное имя — собственностью дворянина [2]), кредитъ — собственностью купца [3]), суверенитетъ — собственностью народа [4]), территоріальное море—собственностью государства [5]), кліентела — собственностью торговца [6]), нижнее теченіе рѣки — собственностью вышележащаго риверена [7]), религія и науки — собственностью человѣчества [8]), правоспособность—собственностью ея носителя [9]), право работать—собственностью «всякаго человѣка [10])», и т. д.

Было бы весьма ошибочно объяснять конструкціонную экономію только неразвитостью юридической техники [11]). Въ сущности, она имѣетъ и болѣе глу-

---

[1]) Римляне были осторожнѣе. „Liber homo suo nomine utilem Aquiliam habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur", Ulpian.

[2]) Taine, Origines, I, стр. 202.

[3]) Cotarelli, Privative etc., стр. LII.

[4]) Taine, Origines, I, стр. 37.

[5]) „Tous les publicistes sont d'accord sur ce point important, que la mer territoriale est la propriété de la nation souveraine", Gessner (?), Neutres, I, стр. 54.

[6]) Jobard, Création de la propriété intellectuelle, etc., Bruxelles, 1843, стр. 32.

[7]) Французскій декретъ 20 ноября 1792 г.

[8]) Nagao Ariga, La guerre sino-japonaise etc., Paris, 1896, стр. 155: „La religion, les sciences et la morale sont une propriété commune de l'humanité".

[9]) Peritsch, Zeitschrift Böhm, XI, стр. 217: „Unser Status ist sozusagen unser Eigenthum, und ebenso wie wir frei über dieses verfügen etc.".

[10]) Французскій эдиктъ 1776 г., вступленіе: „Dieu . . . . a fait, du droit de travailler, la propriété de tout homme".

[11]) Случается и это! Какъ pendant къ рѣчи виконта — приведу по

бокія основанія, зиждимыя на извѣстномъ, чисто-логическомъ, законѣ о соотношеніи родовыхъ и видовыхъ понятій. Если мы имѣемъ видовое понятіе

$$x = a + b + c + \alpha + \beta + \gamma + \ldots + \nu,$$

у котораго нами точно опредѣлены только признаки a, b и c, а остальные (α, β и т. д.) нами предполагаются;—если мы, кромѣ того, имѣемъ родовое понятіе:

$$P = A + B + C + D + E + \ldots + M,$$

у котораго нами ранѣе изучены всѣ отдѣльные признаки, то, конечно, мы выиграемъ въ быстротѣ и легкости работы, если скажемъ, что x есть видовое понятіе рода P. Ибо въ этомъ случаѣ мы, такъ сказать, механически опредѣлимъ, не вникая глубже въ сущность дѣла, что

$$\alpha = D$$
$$\beta = E \text{ и т. д.}$$

—и что λ, μ и ν являются видовыми отличіями.

Точно также поступлено было и съ патентнымъ правомъ. Опредѣливъ, что оно имѣетъ нѣсколько общихъ съ собственностью признаковъ,—ученые сочли удобнымъ для себя остановиться и сказать: значитъ, патентное право есть видъ собственности, и остальные признаки этихъ двухъ институтовъ, значитъ, также совпадаютъ [1]).

Бороться съ этою тенденціею можно лишь a posteriori: доказывая, что очень большое количество результатовъ, добытыхъ вѣковыми трудами надъ институтомъ собственности, отнюдь не примѣнимо къ пра-

---

этому поводу слова фабриканта Boult въ засѣданіи Association internationale pour le progrès des sciences sociales (Bruxelles, 1864, стр. 753): „Je paie une somme, je remplis toutes les formalités, et je reçois un brevet de quatorze ans; c'est à dire que j'ai pour 14 ans la propriété de mon invention. Si ce n'est pas une propriété, je ne sais pas ce que c'est". Аргументъ хромаетъ. Тѣмъ же надо объяснить и знаменитое изреченіе Наполеона III, испортившее столько крови Прудону.

[1]) Какъ примѣнить къ авторскому праву ст. 35, 36 и 37 проекта Гражд. Уложенія?

вамъ изобрѣтателя *). Истина эта настолько очевидна, что ее не стоитъ и доказывать,—но я приведу, все-таки, нѣсколько примѣровъ, для того, чтобы показать, какъ велико количество этихъ непримѣнимыхъ къ патентамъ вещныхъ институтовъ.

1. Защиты владѣнія въ патентномъ правѣ, конечно, нѣтъ. По этому вопросу я отмѣчу одно крайне любопытное рѣшеніе бельгійскаго кассаціоннаго суда, обыкновенно оставляемое въ тѣни сторонниками пропріетарной теоріи. Отвѣтчики ссылались на то, что они законно владѣютъ спорнымъ изобрѣтеніемъ и что en fait de meubles la possession vaut titre (C. C., ст. 2279). Надо прочитать самое рѣшеніе, чтобы увидѣть, какъ неловко чувствовали себя судьи, которые знали, что они совершатъ очевиднѣйшую несправедливость, если признаютъ правильнымъ этотъ логичный — съ пропріетарной точки зрѣнія—аргументъ [1]).

2. Оккупація регулируется въ авторскомъ и патентномъ правѣ совсѣмъ не тѣми правилами, какъ въ собственности.

3. Derelictio вовсе не признается: патентъ, отъ котораго отказался патентодержатель, отнюдь не дѣлается res nullius и не подлежитъ новой оккупаціи.

---

*) Къ какимъ невѣроятнымъ послѣдствіямъ можетъ привести доктрина промышленной собственности, въ особенности, въ неумѣлыхъ рукахъ, можно судить по слѣдующему факту. G. Plé, въ замѣткѣ, помѣщенной въ Pataille, Ann., XXXVI, стр. 23—24, спрашиваетъ себя, отчего патентодержатель имѣетъ право конфисковать все то, что сдѣлано контрафакторомъ, независимо отъ стоимости, и, затѣмъ, даетъ такой отвѣтъ: „Parce qu'ils lui sont attribués non pas à titre de dommages-intérêts, auquel cas la confiscation devrait s'arrêter à la réparation exacte du préjudice, mais en vertu du droit de propriété de l'inventeur sur son invention et sur tout ce qui la réalise... Que le breveté, pour s'approprier l'objet contrefait, soit tenu de faire prononcer préalablement la confiscation par le juge, c'est là simplement une application du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même". Дальше идти некуда.

[1]) „Attendu que le droit de préférence, accordé par les articles 1141 et 2279 du C. C. au détenteur d'une chose ne s'applique qu'au cas de transmissions successives de meubles corporels [quod probandum?], les seuls qui soient susceptibles de la possession réelle [?] prévue par ces dispositions etc..." Cass. Bruxelles, 10 іюля 1890 г., Propr. Ind., VII, стр. 9.

4. Все ученіе о давности не имѣетъ ни малѣйшаго примѣненія къ патентному праву.

5. Ученіе о вещныхъ обремененіяхъ переносится въ патентное право лишь съ коренными измѣненіями [1]).

6. Продолжительность защиты, конечно, сведена до такого minimum'а, который не имѣетъ ничего общаго съ вѣчною защитою собственности. И нельзя не относиться иначе, какъ съ недоумѣніемъ къ тѣмъ вымученнымъ натяжкамъ, коими, напримѣръ, Kohler старается объяснить, почему собственность вѣчна, а патентное право не вѣчно [2]). Я думаю, что гораздо болѣе по-

[1]) Мы читаемъ у Ceresole (Etude générale etc., 1890) на стр. 48, что положеніе пріобрѣтателя патентнаго права должно быть сравниваемо „avec la position du possesseur d'une servitude vis-à-vis du propriétaire d'un immeuble",—а на страницѣ 51-ой, что въ сервитутномъ отношеніи стоитъ лиценціатъ. Права частичнаго со-держателя патента коренным образомъ отличаются отъ правъ держателя лицензіи. Авторъ же строитъ, на протяженіи 3-хъ страницъ, одну и ту же вещную аналогію для обоихъ патентныхъ отношеній: лучшее доказательство легкомысленности всѣхъ этихъ „ссылокъ" несмотря на кажущіяся ихъ, подчасъ, блескъ и остроуміе.

[2]) Handbuch, стр. 58—63. Позволю себѣ маленькій критическій экскурсъ. „Der Grund dieser Erscheinung... liegt in der Natur des Rechtsgutes, dessen Aufgabe es ist sich mehr und mehr auszubreiten und zum allgemeinen Erbgut der industriellen Menschheit zu werden (стр. 58)..." Эта фраза на столько же глубокомысленна, какъ и замѣчаніе Gans'a (Etude sur la protection, стр. 6), тоже старающагося объяснить не-вѣчность патентовъ: „La propriété d'une idée.. devient sans utilité pour son propriétaire, une fois qu'elle a été exploitée pendant un temps suffisant pour le récompenser de ses efforts." — „... Das einmal errungene, wenn fruchtbar, regt wieder zu neuen und immer neuen Ideen an und wird so zum Eckpfeiler der Indusrie. Bedeutende Errungenschaften des menschlichen Geistes bauen sich oft auf hunderte von Erfindungen auf; ist es nun möglich, schliesslich die Zustimmung aller der hundert Erfinder zusammenzubringen? sie sind längst gestorben... (58)" Я думаю, что эти аргументы лишь констатируютъ тѣ фактическія неудобства, съ которыми была бы соединена вѣчность патентной защиты, но отнюдь не касаются юридической стороны вопроса. Kohler возражаетъ: „...nicht die thatsächliche Unmöglichkeit, sondern die sociale Unzuträglichkeit einer ewigen Gestaltung des Rechts... haben wir als Ausgangspunkt genommen... (59)". Однако, отличіе Unmöglichkeit отъ Unzuträglichkeit ускользаетъ отъ меня. — Наконецъ, какъ послѣдній аргументъ, Kohler цитируетъ, изъ своей собственной работы, фразы, которымъ онъ, значитъ, придаетъ особый вѣсъ: „Das, was vordem die Conception des einzigen geistvollen Schöpfers war, wird zum Alphabet, zur ersten Grundlage der entsprechenden Technik, die bereits dem

слѣдовательны были тѣ защитники пропріетарной теоріи, которые требовали вѣчнаго патентнаго права *).

7. Ученіе о способахъ передачи собственности

Ersten Anhänger eingeimpft wird. Damit ist aber die Idee dem Herrschaftsgebiet des Einzelnen entflohen [почему?]; es würde ihrer wirthschaftlichen Natur widersprechen, sie, die bereits in's Fleisch und Blut der betreffenden Kreise eingedrungen und zu ihrem Lebenselemente geworden ist, fernerhin unter die Herrschaft ihres Schöpfers zu beugen (59)". Прекрасная фраза: новичкамъ дѣлаютъ прививку азбуки, а идею гнутъ подъ ярмо ея творца, несмотря на то, что она сдѣлалась мясомъ и кровью промышленности! Однако, попробуемъ перевести эту трескучую фантазію на языкъ прозы. Kohler желаетъ, повидимому, сказать, что нѣкоторыя изобрѣтенія такъ быстро усваиваются промышленностью, что дѣлаются, какъ бы, общимъ достояніемъ. Я не буду разбирать вопроса: отчего же тогда не болѣе продолжительна судьба тѣхъ изобрѣтеній, которыя не усваиваются промышленностью и не дѣлаются, какъ бы, общимъ достояніемъ—какъ объяснить ихъ кратковременную защиту? Но я поставлю вопросъ: извѣстно ли Kohler'у, что въ жизни продолжительность защиты обратно пропорціональна быстротѣ усвоенія? Kohler, очевидно, не замѣчаетъ, въ какое грубое противорѣчіе впадаетъ онъ съ самимъ собой, говоря (стр. 62): „Damit [ежегодныя возрастающія пошлины) hat die Gesetzgebung in geistreicher Weise zugleich den Verhältnissen des einzelnen Falles Rechnung getragen: Patente, die nur einer geringeren Dauer werth sind, verfallen früher, als Patente mit grosser Widerstandskraft." Въ жизни же, подъ дѣйствіемъ той wirthschaftliche Natur der Sache, на которую такъ любитъ ссылаться Kohler, — результаты оказываются прямо противоположными его исходнымъ посылкамъ. Какіе патенты verfallen früher? — да тѣ, которые не усвоены были промышленностью, которые оказались мертворожденными выдумками. А что это за патенты „mit grosser Widerstandskraft"? — да тѣ, которые оказались важными для развитія промышленности, — тѣ, безъ которыхъ промышленность на третій годъ послѣ ихъ выдачи не можетъ ступить ни шагу, — тѣ, которые дѣйствительно сдѣлались частью азбуки даннаго промысла. Которое изобрѣтеніе скорѣе сдѣлается плотью и кровью промышленности: маннесмановскій ли процессъ, или „курительная трубка съ пробочникомъ и рюмкой"? Конечно, первый. А между тѣмъ, Kohler хвалитъ законъ, приводящій въ результатѣ къ двумъ годамъ защиты рюмки и къ 15-ти годамъ защиты маннесмановскихъ трубъ безъ шва. Гдѣ же логика?—Мотивы (стр. 279) стоятъ на той же точкѣ зрѣнія растворенія авторскаго права въ „общей культурѣ".

*) Напомню, что въ 1844 г. во Франціи изъ проекта закона было вычеркнуто слово „propriété" для того, чтобы не давать дурного примѣра введеніемъ временной собственности. Вѣдь дѣло происходило наканунѣ 1848 года! Ср. Renouard, Du droit industriel etc., Paris, 1860: „Dans nos temps d'attaques contre la propriété, il y a danger d'en tronquer la notion en appelant de son nom ce qui n'est pas elle; on prête ainsi des facilités aux sophistes qui travaillent à détacher d'elle quelques uns de ses caractères constitutifs".

должно быть переносимо на авторское право лишь съ крайнею осторожностью [1]). Я сошлюсь лишь на дѣло проф. Mitcherlich'a, который безвинно былъ присужденъ къ уплатѣ большихъ убытковъ только потому, что судъ слѣпо перенесъ на контроверзу о передачѣ изобрѣтенія—всѣ нормы о гарантіи за доброкачественность проданнаго товара [2]).

§ 238. Наличность этихъ и многихъ другихъ, не распространимыхъ на патентное право вещныхъ юридическихъ консеквенцій побудило сторонниковъ пропріетарной теоріи признать, что нематеріальная «собственность» значительно отличается отъ собственности матеріальной,—что она есть, какъ часто говорятъ, собственность sui generis. Какъ утверждалъ Fr. Wirth на конгрессѣ 1873 года [3]), «между матеріальной и интеллектуальной собственностью имѣется ein gewisser formeller Unterschied, der auch eine verschiedene Behandlung des letzteren bedingt». Въ новѣйшее время, Zoll становится на точку зрѣнія «вещно-патентныхъ» правъ, предупреждая читателей заранѣе [4]), что «wir verwahren auf das Entschiedenste gegen eine Gleichstellung der dinglichen Patentrechte mit den dinglichen Privatrechten». Тотъ же самый аргументъ представляется иногда и въ подкупающей формѣ какого-то прогрессирующаго, эволюціоннаго призыва: «Не слѣдуетъ дѣлать понятіе собственности неподвижнымъ, разъ навсегда скристаллизованнымъ въ такую форму, которая, будто бы, должна быть одною и тою же для всѣхъ временъ и для всѣхъ мѣстъ; соціальный организмъ развивается, а слѣдовательно должны развиваться и юридическія формы его уклада [5])».

[1]) Мотивы Гражд. Улож. утверждаютъ противное (стр. 280). Но примѣнимо ли къ авторскому праву требованіе традиціи (ст. 98 проекта)? Или примѣнима ли къ авторскому праву ст. 102?

[2]) Ср. Schall, въ Archiv für civil. Praxis, LXXII, стр. 152.

[3]) Berichte, стр. 58.

[4]) Patentrechtliche Studien etc., 1894, стр. 25—26.

[5]) Cotarelli, Privative etc., стр. XXXVII.

Конечно, развитіе юридическихъ принциповъ соотвѣтственно эволюціи жизненныхъ явленій представляется одною изъ самыхъ благодарныхъ задачъ для юриста. Однако, я думаю, что въ данномъ случаѣ насъ призываютъ совсѣмъ не къ развитію института, а къ чему то другому. Схематически, указанныя соображенія о томъ, что промышленная собственность есть собственность sui generis, сводятся къ слѣдующему (беру прежній примѣръ, см. стр. 277). Намъ говорятъ: патентное право имѣетъ признаки A, B и C — наравнѣ съ вещественною собственностью; ergo, оно есть видъ собственности; однако, патентное право есть видъ sui generis (!), т.-е., кромѣ указанныхъ признаковъ A, B и C, ни одинъ изъ остальныхъ признаковъ (δ, ε, ς...) патентнаго права не совпадаетъ съ соотвѣтствующими признаками (D, E, F, G...) рода «собственность». И въ этомъ случаѣ позволительно считать, что оговорка «sui generis» нарушаетъ очевиднѣйшіе законы логики: она приводитъ къ тому, что по установленному количеству данныхъ признаковъ подводятъ видъ подъ родъ, забывая что такая логическая операція всегда дѣлается для того, чтобы можно было умозаключать о сходствѣ и еще неопредѣленнаго количества другихъ признаковъ [1]).

Нарушая основные логическіе законы, оговорка «sui generis» должна, кромѣ того, имѣть и крайне пагубное значеніе въ смыслѣ дисциплинировки научныхъ изслѣдованій. Если, рядомъ съ вещественною собственностью, мы создаемъ еще совершенно не-аналогичную собственность интеллектуальную,—то мы необходимо обезличиваемъ наши ясныя и точныя представленія о dominium, подставляя вмѣсто точной догмы какой-то расплывающійся призракъ. Pouillet, отличающійся поверхностностью теоретическихъ обоснованій, такъ прямо и говоритъ [2]):

[1]) Schuster (Das Wesen des Autorrechts etc., Wien, 1891, стр. 34) такъ прямо и совѣтуетъ брать изъ понятія собственности „was wirklich anwendbar ist“.

[2]) Pouillet, Traité etc., стр. XVI.

«Почему не допустить существованія двухъ (!) собственностей?... Pourquoi s'obstiner à les confondre (!!) et repousser l'une sous prétexte qu'elle ne saurait s'accomoder des règles de l'autre?». Конечно никто не мѣшаетъ намъ сказать, что «собственность» объединяетъ въ себѣ и dominium, и авторское право. Но въ такомъ случаѣ эта «собственность» уже не будетъ тою собственностью, подъ которою мы выросли и которою мы привыкли дорожить, какъ ясною и точною категоріею.

Въ концѣ концовъ: стремиться къ подведенію патентныхъ правъ подъ понятіе собственности можетъ лишь научный индефферентизмъ [1]). Pouillet откровенно признаетъ [2]): «A dire vrai et sauf la terminologie, droits intellectuels ou propriété d'une espèce particulière, cela nous semble bien près revenir au même [3])». Я думаю, что сказать «cela revient au même» можетъ въ данномъ случаѣ только тотъ, кто съ полнѣйшимъ безразличіемъ относится къ задачамъ чистаго, абсолютнаго, научнаго знанія.

§ 239. Резюмирую все сказанное.

Пропріетарная теорія имѣетъ двѣ категоріи защитниковъ: a, генетистовъ, т.-е. авторовъ, довольствующихся сходствомъ трудового происхожденія двухъ сближаемыхъ институтовъ (§§ 234—235), и, b, «статистовъ» т.-е. авторовъ, ищущихъ сходства также и въ юридическихъ формахъ проявленія двухъ институ-

[1]) Къ этому, несомнѣнно, склоняются и мотивы (стр. 278): „Самое слово „собственность“... еще со временъ римскаго права употребляется нерѣдко въ обширномъ смыслѣ.. и означаетъ всякое имущество или имущественное право, кому либо въ частности принадлежащее“. Если иногда и дѣлается такое смѣшеніе, то рекомендовать и искусственно вводить его, наврядъ ли, удобно.

[2]) Ibidem.

[3]) Можно пожалѣть, что даже такіе ученые, какъ A. Wagner, впадаютъ въ такой конструкціонный индефферентизмъ. Ср. его слова: „Die Definitionen des Eigenthums müssen weit genug sein, um neben dem Eigenthum an körperlichen Sachen auch das „geistige Eigenthum“ und weiter überhaupt ein Eigenthum an „Verhältnissen“, Rechten, selbst Forderungen (!!) mit umfassen zu können.“ Цит. у J. Goeppel, Ueber Begriff und Wesen des Urheberrechts, Altenburg, 1881, стр. 40.

товъ. Статисты распадаются, въ свою очередь, на двѣ группы: 1) одни стараются установить сходство правъ изобрѣтателя и собственника, 2) а другіе — сходство обязанностей, лежащихъ на третьихъ лицахъ по отношенію къ данному изобрѣтенію или данной вещи (§ 236).

Что касается «генетистовъ», то ихъ разсужденія являются несознанною попыткою провести облигаторный принципъ (§ 26) подъ флагомъ собственности; для нихъ статика второго порядка является безразличною; они борются лишь за генетику второго порядка (§ 235).

Что касается «статистовъ», то ихъ разсужденія являются частнымъ случаемъ примѣненія закона конструкціонной экономіи (§ 237). Однако, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, авторы этой категоріи не выдерживаютъ указаннаго закона во всей строгости его логическихъ консеквенцій и приходятъ къ созданію логической монстрозности: Species sui generis (!). Теорія промышленной собственности, въ ея статической модуляціи, слѣдовательно, создаетъ видъ, отличающійся отъ рода неопредѣленнымъ, а схожій — лишь опредѣленнымъ количествомъ признаковъ, между тѣмъ какъ законы логики требуютъ обратнаго;—эта теорія повела къ ненаучному обезличиванію понятія dominium и чуть что не къ полному индефферентизму мысли. Благодаря уловкѣ «sui generis», въ настоящее время сторонники пропріетарной теоріи всѣ говорятъ о промышленной собственности, но сохраняютъ каждый—право понимать по своему такой терминъ. Поневолѣ приходятъ на умъ времена Паскаля, когда янсенисты, доминиканцы и іезуиты трактовали о «grâce suffisante», толкуя въ противоположныхъ смыслахъ это понятіе: еретикомъ считался лишь тотъ, кто отрицалъ самый терминъ; расходиться же въ его пониманіи было дозволено. «Quoi, mes Pères! c'est se jouer des paroles que de dire que vous êtes d'accord à cause des termes communs dont vous usez, quand vous êtes contraires dans le sens».

Подобное положеніе дѣла является, въ сущности,

достаточнымъ осужденіемъ пропріетарной теоріи. Если «промышленная собственность» есть только произвольный терминъ (есть защитники пропріетарной теоріи и съ этой [1]) точки зрѣнія!),—то тогда критику достаточно будетъ указать на неудобства, соединенныя съ употребленіемъ именно этого, а не другого, термина, и на необходимость, во всякомъ случаѣ, дополнить терминъ—указаніемъ на конструкцію того юридическаго организма, который скрывается за даннымъ названіемъ. Тотъ, кто говоритъ: «патентное право есть собственность sui generis», въ сущности, еще не далъ никакой конструкціи, такъ какъ конструированіе начнется лишь тогда, когда это sui generis будетъ разложено въ видѣ суммы точныхъ юридическихъ признаковъ. А пока эта операція не сдѣлана,—пропріетарная теорія, въ сущности, не существуетъ.

Этимъ, собственно говоря, я могу закончить, на время, мою критику пропріетарной теоріи. При этомъ я резервирую одинъ важный вопросъ. А именно, мнѣ могутъ сказать: выше (на стр. 274) вы сами указывали, что статика перваго порядка можетъ довольствоваться лишь установленіемъ сходства по существеннымъ юридическимъ моментамъ; слѣдовательно, возможно предположить, что вопросы, разобранные выше (стр. 278: derelictio, срокъ, давность и т. д.) не суть существенные, а лишь второстепенные—и тогда вся критика падаетъ сама собою.

Такого рода возраженіе я считаю вполнѣ правильнымъ. Однако, уплатить ему дань моего признанія я могу только ниже, въ связи съ дальнѣйшимъ изложеніемъ. Мнѣ придется доказать, что патентное право отличается отъ собственности однимъ такимъ признакомъ, который нельзя не отнести къ основнымъ и су-

[1]) „On se sert dans le langage courant du terme de „Propriété Littéraire“, bien que tout le monde sache que le droit d'auteur n'est pas à vrai dire une propriété, uniquement parce que le terme, sans être bien exact, donne une idée d'ensemble, une idée sommaire du droit dont il s'agit“. Lehr, въ Annuaire de l'Institut, XII, стр. 263.

щественнымъ: но доказать это—я могу лишь въ общей послѣдовательности моихъ положительныхъ разсужденій, а не здѣсь, въ критической части [1]).

§ 240. В. Краткаго упоминанія заслуживаетъ договорная (контрактная) теорія [2]). Она должна быть отнесена къ генетическимъ конструкціямъ перваго вида. Забывая, что государство, при осуществленіи функцій суверенитета, не можетъ дѣйствовать, иначе, какъ односторонними велѣніями, и что вступать съ подданными въ договоры можетъ только фискъ,—эта теорія (ошибочно, но сознательно) старается показать источникъ патентнаго права. Эта теорія, такимъ образомъ, оставляетъ безъ разсмотрѣнія статику того правового положенія, которое получается какъ результатъ предполагаемаго ею договора (вѣдь результаты эти могутъ быть весьма разнообразны!). Лучшимъ доказательствомъ этого небрежнаго отношенія къ статикѣ можетъ служить тотъ фактъ, что многіе сторонники контрактной теоріи, въ сущности, презюмируютъ прямо противоположныя статическія конструкціи. Напримѣръ. Renouard [3]) говоритъ о томъ, что договоръ государства съ изобрѣтателемъ (генезисъ) устанавливаетъ въ пользу послѣдняго монополію (статика): «основной принципъ нашего законодательства есть выдача монополіи, какъ уплата по договору, заключен-

[1]) См. § 259

[2]) См. томъ I, стр. 87. „Le brevet est un contrat synallagmatique passé entre le peuple français, représenté par le gouvernement, d'une part, et l'inventeur, perfectionneur ou importateur d'autre part". Perpigna, Manuel des inventeurs, Paris, 1843, стр. 107.—„Die Ertheilung eines Erfindungspatentes ist nichts anderes, als ein Kaufvertrag zwischen dem Erfinder und dem Staat, in welchem der Kaufpreis keine Geldsumme ist, sondern in der Gewährung eines zeitweisen Privilegiums besteht".—„Der Patent ist ein Contract zwischen dem Staat und dem Urheber einer Erfindung, nach welchem sich der letztere verpflichtet, seine Erfindung ehrlich und erschöpfend bekannt zu geben, wofür der Staat die Verpflichtung übernimmt, den Erfinder zeitweise gegen Usurpation seiner Erfindung in dem Nutzgenüsse derselben zu schützen". Palm, Ueber die Grundlagen, etc., Wien, 1884, стр. 3.

[3]) Въ Journal des Economistes, VII, стр. 8.

ному обществомъ съ изобрѣтателемъ [1])». А рядомъ можно поставить итальянцевъ, которые говорятъ о договорѣ, устанавливающемъ въ пользу изобрѣтателя право собственности [2]). Можно, наконецъ, цитировать и такихъ авторовъ, которые expressis verbis отказываются изучать статику патентнаго права, довольствуясь контрактно-генетическими утвержденіями. Напримѣръ, Mainié прямо говоритъ [3]): «Указанное опредѣленіе патентнаго права какъ договора, совершеннаго между изобрѣтателемъ и обществомъ, достаточно для того, чтобы объяснить всѣ частности патентнаго законодательства; поэтому, совершенно излишне забираться еще выше и предпринимать метафизическій анализъ сущности правъ изобрѣтателя». Mainié не замѣчаетъ, что подобный анализъ не только не былъ бы метафизическимъ, но, наоборотъ, что только съ него начиналось бы истинное юридическое изслѣдованіе: контрактная же «теорія» можетъ «объяснить» не только всѣ частности патентнаго законодательства, но всѣ частности какого угодно института. Если бы договоромъ можно было установлять права для подданныхъ государства, то этотъ договоръ былъ бы лишь мѣхами, въ которыя можно было бы вливать какое угодно вино *).

---

[1]) Аналогично онъ же, въ своемъ Traité, стр. 210: „Etablir un contrat d'échange entre l'inventeur et la société: . . . de la part de l'inventeur, livraison d'une invention industrielle; . . . de la part de la société, la concession et la garantie d'un monopole temporaire.“ — То же (безсознательное) противоположеніе генетики и статики у Robinson, I, стр. VI: ср. тезисъ II и тезисъ I!

[2]) У G. Giulozzi et R. Bruscagli, Il diritto etc., 1889, сравнить стр. 5 и X.—А у F. Cotarelli, Privative etc., 1888,—стр. 17 и 71.

[3]) Mainié, I, стр. 2.

*) Любопытнымъ доказательствомъ можетъ служить слѣдующій примѣръ. Если спросить: „какой теоріи держится Renouard?“—то намъ отвѣтятъ: Gnadentheorie (Kohler, Patentrecht, стр. 10); — Contracttheorie (Klostermann, Patentgesetzgebung, 1-ое изданіе, 1869, стр. 124, пр. 4);— Monopoltheorie (Gierke, Privatrecht, стр. 858, пр. 27);—Privilegientheorie (Eisenlohr, 1855, стр. 40); — и Rosenthal (въ Patentfrage, 1876, стр. 29, пр. 1) ставитъ его въ одну категорію съ Klostermann'омъ. Отчего это

Такимъ образомъ, по моей терминологіи, контрактная теорія является конструкціею, во всякомъ случаѣ неполною, ибо она даетъ (невѣрную) генетику второго порядка и не занимается ни генетикой перваго порядка, ни обѣими статиками. Кромѣ неполноты, контрактная теорія является еще невѣрною и по существу. Въ самомъ дѣлѣ, если источникомъ патентнаго права является индивидуальный договоръ государства съ изобрѣтателемъ, то приходится признать, что государство, въ каждомъ случаѣ, вольно вступить или не вступить въ такой договоръ: а это приведетъ насъ къ факультативной конструкціи (§ 24), противорѣчащей современному правовоззрѣнію. Изъ контрактной теоріи невозможно вывести право изобрѣтателя требовать, чтобы ему былъ выданъ патентъ *).

§ 241. С. Особаго вниманія заслуживаетъ персональная теорія, развитая, какъ извѣстно, преимущественно, Bluntschli, Gareis'омъ, Beseler'омъ, Dambach'омъ, и Dahn'омъ [1]). Наиболѣе же полное и обоснованное свое выраженіе она нашла въ работахъ знаменитаго O. Gierke [2]). Въ виду того, что работа Gierke является, къ тому же, и наиболѣе новою по времени, я позволю себѣ въ дальнѣйшемъ изобразить только ее: другіе варіанты не представляютъ самодовлѣющаго интереса.

Позволю себѣ сдѣлать здѣсь одно небольшое предварительное замѣчаніе.

Какъ парадоксальнымъ ни покажется мое мнѣніе, но я, не колеблясь, утверждаю, что абсолютно-научная

происходитъ?—отъ того, что одни авторы берутъ Renouard'скую статику, а другіе— его генетику; впрочемъ третьи просто его не читали.

*) Насколько, практически, вредна контрактная теорія, можно судить по слѣдующему примѣру. На вопросъ, возможно ли, при продажѣ французскаго патента, заранѣе отказаться отъ части срока его дѣйствительности (для того, чтобы не вносить всѣхъ пошлинъ, см. стр. 163, прим. 4)—Pouillet отвѣчаетъ отрицательно (Traité, стр. 196): „Puisque c'est la demande qui forme le contrat, une seule des parties n'y peut rien changer".

[1]) См. указанія у Gierke, I, стр. 764, прим. 65.

[2]) Deutsches Privatrecht, I, стр. 702 и сл.; также въ Zeit. für Handelsrecht, XXIX, стр. 266 и сл.

цѣнность персональной теоріи стоитъ ниже цѣнности теоріи контрактной. Послѣдняя кажется грубѣе, чѣмъ обольстительно-элегантныя соображенія Gierke и Gareis'a о патентномъ правѣ, какъ объ особой формѣ защиты индивидуальности во всѣхъ, даже отдаленныхъ, ея проявленіяхъ. Изобрѣтенія-де суть свѣтъ, исходящій отъ генія: общіе законы защищаютъ генія, какъ такового; патентное же право запрещаетъ чужимъ грубымъ рукамъ касаться даже исходящихъ отъ него лучей свѣта, какъ бы далеко отъ него они ни упали. Красивая картина! Но если отбросить поэзію и подойти къ дѣлу со скальпелемъ холоднаго юриста, то окажется, что персональная теорія грѣшитъ въ методологическомъ отношеніи: упрекъ, который менѣе примѣнимъ къ теоріи контрактной. Мы видѣли выше, что контрактная теорія даетъ генетику второго порядка; она ошибается въ предлагаемомъ отвѣтѣ, но, во всякомъ случаѣ, эту генетику она отнюдь не выдаетъ за статику. Персональная теорія, какъ мы увидимъ ниже, дѣлаетъ именно эту грубую ошибку.

Поэтому, повторяю, ея абсолютно-научная цѣнность представляется болѣе низкою, чѣмъ цѣнность контрактной теоріи.

§ 242. Теорія Gierke [1]) заключается въ слѣдующемъ.

Существуетъ обширная категорія правъ, которыя предоставляютъ своимъ субъектамъ власть надъ частью сферы собственной ихъ личности [2]). Эти права могутъ быть, слѣдовательно, разсматриваемы, какъ права на собственную свою персону, и, потому, должны быть называемы личными правами (Persönlichkeitsrechte).

Личныя права должны быть отличаемы отъ права на личность (Recht der Persönlichkeit), заключающа-

[1]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig, 1895, стр. 702 и сл.

[2]) „Rechte, die ihrem Subjecte die Herrschaft über einen Bestandthei der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten", loc. cit., стр. 702.

гося въ возможности быть признаваемымъ за субъекта правъ (Person). Право на личность является тѣмъ основаніемъ, изъ коего безразлично проистекаютъ какъ публичныя, такъ и гражданскія права (и въ числѣ послѣднихъ, безразлично, права на вещи и права на лица). Право на личность несетъ въ себѣ (trägt und begleitet) зародыши всѣхъ мыслимыхъ конкретныхъ правомочій. Лишь историческое изслѣдованіе можетъ съ точностью опредѣлить, которые изъ этихъ зародышей—въ данный моментъ—могутъ считаться превратившимися въ самостоятельные правовые институты, а которые — пребываютъ еще въ эмбріональномъ состояніи.

Въ современномъ правѣ — въ противоположность праву римскому—многія изъ личныхъ правъ пріобрѣли настолько самостоятельный характеръ, что они «могутъ быть отличаемы отъ общаго права на личность съ такою же легкостью, какъ напримѣръ собственность или отеческая власть [1])». Поэтому, категорія личныхъ правъ должна быть разсматриваема, какъ самостоятельный комплексъ юридическихъ институтовъ, коему принадлежитъ особое мѣсто въ общей системѣ права. Впрочемъ— оговаривается тотчасъ же Gierke [2])— многое въ этой области находится въ періодѣ des Werdens; поэтому, границы между общимъ правомъ на личность и спеціальными личными правами являются очень часто неясными и измѣнчивыми. Нѣкоторыя изъ существенныхъ личныхъ правъ ограждены нормами публичнаго права, но не выработали изъ себя соотвѣтствующихъ самостоятельныхъ цивильныхъ правомочій (напримѣръ [3]): неприкосновенность жилища, секретъ частныхъ писемъ, Gräberuhe, Rechtsfriede,—а также свобода совѣсти, свобода преподаванія, свобода печати, свобода передвиженія и т. д.).

---

[1]) Ibid., стр. 704.
[2]) Ibid., стр. 704.
[3]) Ibid., стр. 704, прим. 8.

Изъ приведеннаго выше опредѣленія личныхъ правъ слѣдуетъ,—говоритъ Gierke—что общимъ объединяющимъ ихъ признакомъ служитъ ихъ объектъ: часть сферы собственной личности. Этотъ же признакъ характеризуетъ собою одновременно и отличіе этихъ правъ отъ правъ семейственныхъ, вещныхъ или обязательственныхъ. Личныя права отличаются слѣдующими вторичными признаками: 1) они суть гражданскія права (впрочемъ, не всегда; см. выше); 2) они не суть имущественныя права; подобно семейнымъ правамъ, они могутъ воспринимать въ себя или развивать изъ себя имущественно-правное содержаніе; но это послѣднее, какъ бы широко оно ни было развито, не должно быть ни выставляемо на первый планъ, ни разсматриваемо какъ равноправно-самостоятельное правомочіе [1]).

Какъ спеціальные виды личныхъ правъ, Gierke выставляетъ: I. Право на свое собственное тѣло и жизнь; оно защищается преимущественно уголовнымъ и административнымъ порядкомъ, но влечетъ иногда также и гражданско-правовыя послѣдствія. II. Право на свободу, нынѣ прирожденное и неотчуждаемое. III. Право на честь. IV. Право на особенное положеніе въ обществѣ (дворянство, купечество и т. д.). V. Право экономической дѣятельности (Erwerbsthätigkeit); кромѣ общаго права обратить свою дѣятельность на тотъ или другой способъ пріобрѣтенія экономическихъ благъ, сюда относятся еще всѣ монополіи. Эти послѣднія «заключаютъ въ себѣ право экономической дѣятельности или съ полнымъ исключеніемъ конкурренціи, или съ личными облегченіями, затрудняющими возниковеніе таковой»; поэтому, монополіи, «распространяя сферу личности даннаго субъекта за счетъ общей экономической свободы», должны быть разсматриваемы, какъ одинъ изъ видовъ личныхъ

[1]) „Mag jedoch diese Seite ihres Wesens noch so kräftig entwickelt sein, so darf man doch weder im vermögentlichen Bestandtheile den Kern des Rechtes erblicken noch auch den vermögensrechtlichen Bestandtheil als ein durchaus selbstständiges Recht von dem Persönlichkeitsrechte abtrennen". Ibid., стр. 707.

правъ *). (Далѣе Gierke признаетъ, что монополіи имѣютъ «ein überwiegend vermögensrechtliches Gepräge»). VI. Право на фирму и на товарные знаки; и, наконецъ, VII, право на творческія произведенія (Geisteserzeugnisse); это послѣднее распадается на авторское право и на патентное право.

Что касается, въ частности, патентнаго права, то Gierke изображаетъ его какъ «исключительное право творца изобрѣтенія—распоряжаться опубликованіемъ и промышленнымъ использованіемъ такового [1])». Патентное право есть право на духовное произведеніе, проистекающее изъ факта духовнаго творчества [2]). Самое произведеніе является объектомъ права лишь постольку, поскольку оно составляетъ часть личной сферы творца [3]). Поэтому, въ существѣ своемъ, патентное право вовсе не есть имущественное право: «geboren wird es als reines Personenrecht [4])». Его основной функціей является предоставленная изобрѣтателю возможность распоряжаться по усмотрѣнію: когда, какъ и въ какой формѣ будетъ опубликовано изобрѣтеніе [5]). Онъ можетъ сохранить изобрѣтеніе въ секретѣ или опубликовать. Послѣднее онъ можетъ сдѣлать, опять-таки, въ двоякой формѣ: или съ патентомъ, или безъ патента. Во второмъ случаѣ, всякое имущественное использованіе изобрѣтенія впредь становится невозможнымъ. Въ первомъ же: «dann und nur dann entfaltet sich das Erfinderrecht zu

*) Ibid., стр. 715; очевидная натяжка!

[1]) Ibid., стр. 848: „Erfinderrecht ist das ausschliessliche Recht des Schöpfers einer Erfindung, über deren Veröffentlichung und gewerbliche Benützung zu verfügen".

[2]) Ibid., стр. 854: „Ein aus geistiger Schöpfung fliessendes Recht an einem Geisteserzeugniss".

[3]) „Die Frage nach den Grenzen des Urheberrechts an einem veröffentlichen Geisteswerke deckt sich eben mit der Frage, inwieweit das Werk der Persönlichkeitssphäre seines Schöpfers noch angehört oder nicht mehr angehört". Ibidem, стр. 764. — „Das Geisteswerk ist aber nicht in seiner Totalität, sondern nur insoweit, als es Persönlichkeitsgut seines Schöpfers ist und bleibt,—Object des Urheberrechts". Ibid., стр. 765.

[4]) Ibid., стр. 859.

[5]) Ibid., стр. 859.

einem Vermögensrechte [1])». Однако, и въ этомъ случаѣ, право изобрѣтателя, въ существѣ своемъ, отличается личнымъ характеромъ.

§ 243. Я старался изложить, возможно подробнѣе и точнѣе, сущность теоріи знаменитаго берлинскаго профессора. Попробую теперь подойти къ ней съ критическимъ анализомъ.

Для того, чтобы облегчить этотъ послѣдній, необходимо различать въ теоріи Gierke два элемента. Во-первыхъ, его соображенія о томъ, что сфера личности должна быть защищаема, и что она, дѣйствительно, защищается въ культурныхъ государствахъ. Противъ этой части его аргументаціи спорить, конечно, невозможно. Однако нельзя не признать и того, что эти соображенія не даютъ еще полной конструкціи. «Надо защищать личность». Но самъ Gierke признаетъ [2]), что защищать личность можно самыми разнообразными (статически) институтами. Личную сферу защищаетъ и государственное право (ассоціаціи, свобода слова, свобода совѣсти),— и международное право (ограниченія выдачи преступниковъ, военное право, нейтралитетъ и т. д.),—и всѣ почти институты гражданскаго права (собственность, владѣніе, брачное право, наслѣдованіе и т. д.). Но какое же статико-конструктивное слѣдствіе вытекаетъ изъ того, что всѣ эти институты защищаютъ «сферу личности»? Осмѣлимся ли мы сдѣлать выводъ, что, статически, наслѣдованіе (несомнѣнно призванное защищать внѣшнія проявленія моей личности) представляетъ институтъ — аналогичный свободѣ совѣсти (также охраняющей мою личность)?

Изъ тезиса: «надо защищать личность»—вытекаетъ лишь одно слѣдствіе: «значитъ, всѣ институты, защищающіе личность, суть институты нормальнаго права; — суть институты, коихъ общая законодательная регламентація является желательною и непротиворѣчащею народ-

[1]) Ibid., стр. 860.
[2]) См. выше, стр. 290.

ному правосознанію» (т.-е. генетика перваго порядка опредѣляетъ генетику второго порядка). Но генетика не преюдицируетъ статикѣ: изъ указаннаго тезиса нельзя извлечь рѣшительно никакихъ данныхъ относительно того, въ чемъ заключаются типическія особенности этихъ институтовъ въ отношеніи ихъ объекта, субъекта или связи субъекта съ объектомъ. Еще менѣе данныхъ можно извлечь изъ указаннаго тезиса относительно мѣста въ системѣ права, принадлежащаго этимъ институтамъ.

Указанная часть разсужденій Gierke составляетъ, такимъ образомъ, генетику перваго порядка. Генетика второго порядка можетъ быть выведена изъ нея, какъ слѣдствіе. Статики же, пока, не имѣется.

Во-вторыхъ, надо обратить вниманіе и еще на одну часть изложенія Gierke, а именно на ту, въ которой можно усмотрѣть нѣкоторую попытку изобразить персональную теорію именно какъ статическую конструкцію. Прослѣдимъ ходъ его мыслей. Нѣкоторыя изъ нормъ, защищающихъ сферу личности, развиваются-де настолько широко, что онѣ могутъ быть разсматриваемы, какъ самостоятельные цивильные институты. У всѣхъ этихъ институтовъ есть общій (статическій?) признакъ: ихъ объектомъ является часть личности субъекта. «Изобрѣтеніе является объектомъ патентнаго права лишь постольку, поскольку оно является частью личности изобрѣтателя [1])». Если это положеніе вѣрно, то персональная теорія можетъ быть признана статическою: ибо тогда она будетъ характеризовать группу институтовъ путемъ выясненія особенностей ихъ объекта, —особенностей, выражающихся въ юридическихъ категоріяхъ.

Но это положеніе не вѣрно. Изобрѣтеніе (и всякій другой объектъ авторскаго права, въ широкомъ смыслѣ) можетъ быть объектомъ исключительнаго права: а) и

[1]) См. выш, стр. 292, прим. 3.

ýже, b) и шире той степени, въ какой оно является частью личности творца.

ad a. Произведеніе можетъ быть частью «сферы личности творца»,—но не быть объектомъ авторскаго права (защита ýже сферы личности). Въ самомъ дѣлѣ, самый актъ творчества, какъ таковой, еще не даетъ авторскаго права. Недостаточно сотворить изобрѣтеніе, фабричную модель, товарный знакъ, фабричный рисунокъ: необходимо еще сотворить его, какъ новый рисунокъ, какъ новый знакъ, какъ новое изобрѣтеніе. Творчество того, кто самостоятельно выдумалъ безмѣнъ въ 1901 году, столь же велико, какъ и творчество перваго изобрѣтателя неравноплечихъ вѣсовъ [1]). Связь личности съ сотвореннымъ является одинаково сильною, какъ въ первомъ, такъ и во второмъ случаѣ: этого не станетъ отрицать и Gierke. А между тѣмъ, въ первомъ случаѣ возникаетъ объектъ авторскаго права, а во-второмъ—нѣтъ. Я особенно настаиваю на этомъ пунктѣ *): если два изобрѣтателя A и B сдѣлали, независимо, два изобрѣтенія или два фабричныхъ рисунка совершенно схожихъ, и, притомъ, A окончилъ свою работу 22 іюня 1902 г., а B—23 іюня 1902 г., то внутренняя, персональная связь обоихъ творцовъ будетъ одинаковою: а между тѣмъ, B никакой защиты не получитъ.

И было бы неправильно, если бы мнѣ стали возражать: B имѣетъ творческую связь, но защиты не получаетъ лишь изъ соображеній цѣлесообразности. Это возраженіе не ослабитъ критической силы моего аргумента по отношенію къ теоріи Gierke. Мнѣ нужно было доказать, что авторское право иногда отсутствуетъ, (скажемъ: по соображеніямъ цѣлесообразности) въ такихъ случаяхъ, гдѣ сфера личности несомнѣнно про-

[1]) Подробно, см. томъ I, § 86.

*) Читатель замѣтитъ, что я отнюдь не привлекаю, въ видѣ опоры для моихъ разсужденій, момента заявки. Мои аргументы сохраняютъ всю свою критическую силу даже въ томъ случаѣ, если — какъ въ С. Штатахъ, — изобрѣтательское право будетъ существовать an und für sich.

являетъ свое дѣйствіе. И я это доказалъ: значитъ, Gierke ошибается говоря, что «die Frage nach den Grenzen des Urheberrechts .. deckt sich mit der Frage, inwieweit das Werk der Persönlichkeitssphäre des Schöpfers angehört [1])».

Откуда же проистекаетъ указанная несомнѣнная ошибка Gierke'вской конструкціи? Я думаю, что ея источникомъ является слишкомъ одностороннее вліяніе, оказанное на развитіе персональной доктрины особенностями Urheberrecht'a въ узкомъ смыслѣ (авторское право на литературныя и художественныя изобрѣтенія).

Въ этой области параллельное самостоятельное творчество принадлежитъ къ рѣдчайшимъ, исключительнымъ явленіямъ: поэтому, вполнѣ естественно, что доктрина, ставящая авторское право (въ тѣсномъ смыслѣ) въ центрѣ своихъ построеній, доктрина, видящая въ авторскомъ правѣ (въ тѣсномъ смыслѣ) лучшій и чистѣйшій образецъ конкретизаціи даннаго института,—легко позволитъ себѣ считать параллельное творчество однимъ изъ тѣхъ исключеній, для коихъ «законы не писаны». Я позволю себѣ доказать, что указанная ошибка Gierke проистекла именно изъ этого источника.

«Юридическій споръ о пріоритетѣ въ области литературнаго и художественнаго творчества немыслимъ—говоритъ онъ [2])—ибо иначе пришлось бы предположить, что нѣсколько лицъ могли бы, независимо другъ

[1]) Ibid., стр. 764. — Насколько важно для Gierke это противоположеніе указанной внутренней связи и границъ авторскаго права, можно заключить изъ слѣдующаго. Критикуя пропріетарную теорію, Gierke ставитъ ей въ упрекъ, что она не въ состояніи „изъ себя“ объяснить, напримѣръ, срочность авторскаго права и его измѣреніе соотвѣтственно продолжительности жизни автора. „Für die beschränkte Zeitdauer des Urheberrechts werden höchstens Billigkeitsgründe geltend gemacht“ (Ibid., стр. 762, прим. 54). Слѣдовательно, Gierke предполагаетъ, что его теорія можетъ объяснить всѣ особенности авторскаго права именно „изъ себя“, изъ наличности связи автора съ сотвореннымъ, безъ Billigkeitsgründe („Mit dieser Konstruction stehen die eigenthümlichen Sätze... über Begründung, Inhalt, Umfang etc. . . des Urheberrechts im vollen Einklange“. Ibid., стр. 765). Приведенный выше примѣръ доказываетъ противное.

[2]) „Kann überhaupt nicht vorkommen“. Ibid., стр. 854, пр. 18.

отъ друга, создать, въ общихъ чертахъ, идентичную книгу, статую, картину и т. д.». Исходя изъ этого основного положенія, Gierke сталкивается затѣмъ, въ области патентнаго права, съ несомнѣнною возможностью и параллельно-независимаго творчества, и спора о пріоритетѣ. И нужно прочитать въ подлинникѣ стр. 854 и 855 для того, чтобы убѣдиться, какъ невѣроятно слабо обоснована у Gierke юридическая сущность этого спора о пріоритетѣ. На этихъ двухъ страницахъ онъ говоритъ и о плагіатѣ, и о безформенности изобрѣтательской идеи, и о противоположеніи Miss- и Gebrauch'a: но въ общемъ видно, что этотъ вопросъ для персональной теоріи является камнемъ преткновенія, неразрѣшимою загадкою *).

Итакъ: вопросъ объ объектѣ авторскаго права не покрывается вопросомъ о границахъ сферы личности. Первый можетъ быть уже второй.

ad b. Кромѣ того, возможны и обратные случаи: понятіе объекта защиты можетъ быть шире понятія личной сферы. По этому вопросу я могу отослать къ сказанному выше [1]) о значеніи параллельнаго творчества для понятія контрафакціи. Тотъ, кто самостоятельно изобрѣлъ данную машину и затѣмъ фабрикуетъ ее, очевидно, не вторгается въ личную сферу патентодержателя: а между тѣмъ, его наказываютъ за контрафакцію. Значитъ, защита патентнаго права простирается далеко за предѣлы личной сферы творца: она кладетъ свою желѣзную руку безразлично и на то, въ

*) Въ концѣ концовъ, Gierke утверждаетъ, что споръ о пріоритетѣ, въ области патентнаго права, возможенъ потому, что патентъ защищаетъ голую идею (!!), въ противоположность авторскому праву, защищающему соединеніе идеи и формы (стр. 854). Но на слѣдующей страницѣ оказывается (стр. 854, прим. 16), что въ Geschmacksmuster и Gebrauchsmuster защищается не только идея, но и форма, — а между тѣмъ оба эти института допускаютъ споръ о пріоритетѣ. Очевидное противорѣчіе! (Ср. ibidem, стр. 832, прим. 7 и стр. 842, прим. 8).

[1]) См. § 199.

чемъ проявилась его личность,—и на то, въ чемъ проявились чужія личныя сферы *).

Изъ всего сказаннаго вытекаетъ, какъ результатъ: 1) что формула «объектъ персональнаго права равенъ части личной сферы субъекта»—невѣрна, и 2) что персональная теорія, слѣдовательно, не можетъ быть признана обладающею статическимъ характеромъ.

§ 244. D. Остается, наконецъ, теорія Kohler'a, т.-е., такъ называемая, Immaterialrechtsgütertheorie.

Сущность этой теоріи представляется довольно неясною, а значеніе ея—крайне спорнымъ. Впрочемъ, въ виду того несомнѣннаго авторитета, коимъ пользуется Kohler въ Германіи, я считаю нужнымъ остановиться на этой теоріи гораздо подробнѣе, чѣмъ она, по моему мнѣнію, того заслуживала бы. Дѣлаю я это, во-первыхъ, потому, что означенная теорія разбросана у Kohler'a по многочисленнымъ статьямъ и замѣткамъ и нигдѣ ни имъ [1]), ни посторонними лицами во-едино не сведена [2]),—а, во-вторыхъ, потому что самъ авторъ присваиваетъ этой теоріи необычайное, чуть что не культурно-историческое значеніе. Насколько великъ шумъ, созданный Kohler'омъ вокругъ его «теоріи», можно судить хотя бы по слѣдующимъ немногимъ даннымъ.

Напримѣръ, двадцатилѣтній юбилей теоріи Immaterialrecht'a—Kohler ознаменовалъ очень нескромною статьею въ Iher. Jahrbücher (Das Zweite Decennium des deutschen Patentrechts, XIV, стр. 414—455). Въ этой статьѣ онъ, не обинуясь, приписываетъ вліянію своей

*) Детали, см. § 259.

[1]) Въ послѣднемъ изданіи (Handbuch, стр. 55) Kohler говоритъ: „Diese Lehre des Immaterialrechts, die ich bereits im Jahre 1872 andeutete, sodann in meinem ersten Werke über Patentrecht ausführte, ist seither so vielfach besprochen worden und hat schliesslich eine so vielseitige Anerkennung gefunden, dass eine Discussion über das Wesen derselben hier nicht mehr zu erfolgen braucht". Мы увидимъ ниже, что въ Patentrecht'ѣ 1878 года не имѣется еще никакой конструкціи, а также, что дальнѣйшія статьи Kohler'a нигдѣ не даютъ законченной картины.

[2]) Французы положительно боятся дотронуться до туманной фразеологіи Kohler'a!

теоріи колоссальное развитіе практики патентнаго права въ Германіи въ періодъ 1878—1898 годъ. Новый его Handbuch открывается заявленіями въ томъ же духѣ (стр. V): «Mit Befriedigung kann ich zwar auf das Werk meiner Jugend zurückblicken und auf den Erfolg, der es begleitet, auf den Einfluss, den es auf die Entwicklung des deutschen Patentrechts ausgeübt hat. Sicherlich kann ich sagen, dass es in dieser Entwicklung eine nicht unwesentliche Rolle gespielt hat (!)... Die Grundgedanken des Immaterialgüterrechts haben eine solche belebende Kraft, dass es an ihnen nicht zu rütteln ist (!)». Въ другой своей статьѣ, Kohler доходитъ до такого самообожанія, что приписываетъ своей «теоріи» родъ мистическаго значенія («Die Idee des geistigen Eigenthums», въ Archiv für civilistische Praxis, LXXXII, стр. 208): «Die hohe Bedeutung der Immaterialrechtstheorie liegt aber darin, dass das Recht eben mit einem Geistigen, mit einem Gedanken, der aus vielen Verwirklichungsformen sich ableiten lässt, in Beziehung gesetzt ist, dass er mithin nicht an eine Verwirklichungsform gekettet wird, dass er das Geistige in allen seinen Formen und Metamorphosen erfasst und erfüllt (?)».

Но въ чемъ же заключается эта пресловутая доктрина?

Первое изданіе Patentrecht'a (1878) даетъ намъ чрезвычайно мало матеріала для выясненія юридическихъ элементовъ Колеровской конструкціи. «Введеніе» этой работы начинается съ указаній, что всякая собственность есть продуктъ труда; трудъ же создаетъ тѣсную связь (Verband) между индивидуумомъ и тою вещью, въ которую онъ, путемъ труда, какъ бы влилъ часть своего собственнаго существа. И дальше: «подобно тому, какъ трудъ, вложенный въ матерію, настолько сильно соединяетъ матерію съ трудящеюся надъ нею личностью, что посягательство на матерію становится посягательствомъ на личность. — точно такъ же творчество соединяетъ (verbindet) творца и сотворенное нематеріальное благо настолько сильно,

что всякое посягательство на это благо становится посягательствомъ на личную правовую сферу [1]) творца (стр. 8).

Въ этой связи — говоритъ Kohler [2])—нельзя не усматривать «глубокаго метафизическаго принципа». Правомочіе, создаваемое патентнымъ правомъ, есть только отблескъ, только продолженіе той фактической власти, которая принадлежитъ творцу по отношенію къ тому, что онъ сотворилъ. Поэтому [da liegt der Hund begraben!], «совершенно неправильно поступаютъ тѣ, кто видитъ въ патентномъ правѣ лишь уступку (Concession), лишь вознагражденіе за трудъ и за хлопоты [3])». «Нематеріальное право, съ внутренней стороны,—столь же справедливое право (innerlich gerechtfertigt), какъ и права на матеріальныя вещи... Одна propriété является столь же propriété naturelle, какъ и другая [4])». Или, въ другомъ мѣстѣ (стр. 11): патентное право «ist dem Eigenthume ebenbürtig».

Таково содержаніе Колеровской «конструкціи» 1878 г.: больше ничего конструктивнаго во введеніи не имѣется [5]).

---

[1]) Я позволю себѣ привести этотъ очень важный отрывокъ въ подлинникѣ. Изъ него видно, насколько непродумана и легковѣсна была конструкція Kohler'a въ 1878 году. Если взять приводимый ниже отрывокъ, какъ таковой, то невозможно опредѣлить, кѣмъ онъ написанъ: Kohler'омъ или Gierke? А между тѣмъ нѣтъ болѣе яраго противника у Gierke, какъ именно Kohler (ср. Busch. XLVII, стр. 164 и сл.). Въ самомъ дѣлѣ: „Wie die dem Stoffe eingeprägte Arbeit den Stoff mit der arbeitenden Persönlichkeit verknüpft, so dass ein Angriff gegen den Stoff einen Angriff gegen die Persönlichkeit mitenthält, so verbindet auch die Schöpfung eines immateriellen Gutes dieses mit dem Schöpfer in der Weise, dass ihm allein die Vermögensrechtliche Ausbeutung desselben zukommen muss und jeder Eingriff des Dritten zugleich einen Eingriff in seine Rechtssphäre (!) involvirt".

[2]) Ibid, стр. 6.

[3]) Ibid., стр. 10.

[4]) Ibid., стр. 11.

[5]) Подробный анализъ стр. 1—19 перваго изданія Patentrecht'a, съ несомнѣнною очевидностью, подтверждаетъ это положеніе. Планъ „Введенія" можетъ быть изображенъ такъ. § 1. „Wer ein neues Gut schafft, hat das Recht der ausschliesslichen ökonomischen Benutzung des Gutes" (стр. 1). Положеніе (крайне спорное!) доказывается ссылками на философовъ, экономистовъ и юристовъ. § 2. Пріобрѣтеніе права собственности посред-

Въ Patentrecht'ѣ 1878 г. мы находимъ лишь обѣщаніе конструкціи [1]), да рядъ правно-политическихъ со-

ствомъ труда основывается на принципѣ метафизическомъ. „Das Eigenthum ist nicht eine der Arbeit adäquate Belohnung, sondern es ist begründet auf dem innigen Verbande zwischen der Sache und dem Individuum (стр. 6). [Къ чему сіе мудрствованіе? къ чему противоположеніе „inniger Verband"— и „adäquate Belohnung". См. ниже.] § 3. „Das gleiche Arbeitsprinzip muss aber auch da gelten, wo das Resultat der Arbeit . . . ein immaterielles Gut ist." (стр. 7). Проводится параллель: различіе матеріальнаго и нематеріальнаго объекта „kann niemals einen Unterschied . . . in den Postulaten der Gerechtigkeit bedingen" (стр. 8). § 4. Къ нематеріальнымъ благамъ относятся, между прочимъ, изобрѣтенія и литературныя произведенія. § 5. Слѣдовательно, право на изобрѣтенія „dem Grunde nach" не отличается отъ права собственности. А „Grund" этотъ заключается въ „Erarbeitung" (стр. 10). § 6. Выводъ: „Die Rechte an immateriellen Gütern sind daher ebenso innerlich gerechtfertig, wie die Rechte an stofflichen Objecten. Es ist ein ganz ungesunder Gedanke, wenn man die letzteren auf das Naturrecht, die erstern auf positive Rechtsatzung u. s. w. hat gründen wollen" (стр. 11) § 9. Подтвержденіе того же вывода: „Damit wäre. . . das Erfinderrecht als dem Eigenthum ebenbürtig und den Postulaten der Gerechtigkeit entsprechend dargethan worden (стр. 18)".

Изъ приведенныхъ отрывковъ съ несомнѣнною очевидностью слѣдуетъ, что изложеніе Kohler'a на стр. 1—19 отнюдь не имѣетъ цѣлью дать какую-нибудь конструкцію патентнаго права. Всѣ его разсужденія клонятся къ тому, чтобы доказать, что патентное право не есть изъ милости данная изобрѣтателю Vergütung für seine Mühe (ср. выше, § 2), — а что оно является естественнымъ слѣдствіемъ той внутренней связи, которая имѣется между творцомъ и твореніемъ. Короче сказать, Kohler доказываетъ, что справедливость требуетъ, чтобы законы защищали патентное право (облигаторная конструкція; генетика второго порядка).

Дальнѣйшія страницы „Введенія" заняты: опроверженіемъ доводовъ анти-патентнаго движенія (§ 9), соображеніями о соціально-культурномъ значеніи изобрѣтеній (§ 10—13) и оцѣнкой закона 1877 г. (§ 14). Такимъ образомъ, во всемъ Введеніи имѣютъ строгое конструктивное значеніе лишь восемь строкъ: „Die Immaterialrechte sind, wie das Eigenthum, von der Person ablösbare und übertragbare Vermögensrechte; sie sind absolute Rechte, d. i. sie begründen keine speciellen Beziehungen von Person zu Person, sondern Beziehungen zwischen einer Person und einem immateriellen Gute, welche von der Gesammtheit respectirt werden müssen. Die technischen Unterschiede zwischen ihnen und dem Eigenthum werden sich aus der nachfolgenden Detaildarstellung ergeben (стр. 13)". Такимъ образомъ, кромѣ правно-политическихъ моментовъ, во введеніи 1878 года имѣется лишь обѣщаніе дать конструкцію („technische Unterschiede") абсолютныхъ правъ на нематеріальныя блага.

[1]) См. примѣч. 4 in fine.

ображеній, имѣющихъ цѣлью доказать, что патентное право столь же «священно», какъ и собственность [1]).

Здѣсь можно на минуту остановиться. Въ основѣ своей, имматеріальная теорія 1878 года, значитъ, проникнута естественно-правовою тенденціею *): не даромъ у Kohler'a прорывается даже терминъ «propriété naturelle» (см. выше). Эта тенденція—есть не что иное, какъ тотъ «генетическій» аргументъ, о которомъ я говорилъ выше (см. § 234). Генетическими соображеніями (см. § 235) имматеріальная теорія старается доказать, что патентное право есть такое же право, какъ и dominium. Съ этой стороны, я слѣдовательно могу считать ее опровергнутою аргументами, изложенными въ §§ 234 и 235. Съ этой стороны, кромѣ того, объясняется и антипатія Kohler'a къ монопольной конструкціи: казенная продажа вина вѣдь, «metaphysisch», вовсе не является «ebenbürtig» съ правомъ собственности и, слѣдовательно, съ патентнымъ правомъ.

§ 245. Итакъ, въ 1878 году Kohler еще не даетъ никакой конструкціи, въ точномъ смыслѣ этого слова.

---

[1]) Ср., въ особенности, стр. 12, passim.

*) Чрезвычайно важный для дальнѣйшихъ моихъ разсужденій тезисъ о томъ, что основою Колеровской конструкціи является чистѣйшая естественно-правная тенденція, — я позволю себѣ подтвердить, дополнительно, слѣдующими цитатами. „Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der Arbeit, richtiger in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran" (Autorrecht etc., 1880, стр. 226).—„Diese Anschauung ist wesentlich: sie verknüpft das Patentrecht mit den übrigen Immaterialrechten und gibt dem Institut die Sanction des natürlichen Rechts" (Gutachten etc., Wien, 1894, стр. 436).—„Daher hält kein Mensch den Tabakhandel oder den Import von Waaren für etwas Rechtswidriges, solange nicht Tabakmonopol oder Einfuhrverbot vom Staate dekretirt sind . . . Allein das ist niemals zu erreichen, dass in dem Volke dasselbe Gefühl der Unrechtlichkeit der Uebertretung erwachsi, dass im Publikum derselbe Groll der Entrüstung ob ihrer Verletzung entsteht, wie wenn es sich um Verletzung des Eigenthums, um Diebstahl oder Veruntreuung handelt . . . Der wahre Grund ist der, dass diese Rechtsschöpfungen nur artifizieller Natur sind, dass sie nicht an sich schon in dem Rechtsgefühl, in der Ueberzeugung des Volkes wurzeln, dass sie, wie überhaupt artifizielle Schöpfungen, sich nicht mit derselben Naturgewalt aufdrängen, wie etc. . . Ein solches naturwüchsiges Recht ist das Eigenthum; ein solches ist aber auch das Autorrecht" (Autorrecht, 1880, стр. 210).

Слѣдующая большая работа, посвященная имъ тому же вопросу, вышла въ 1880 году, подъ заглавіемъ: «Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht». (Iherings Jahrbücher, XVIII, стр. 129—478). Если исключить параграфы 4—8, касающіеся деталей авторскаго права (объектъ, контрафакція и т. д.), то остальные три параграфа даютъ намъ матеріалъ для слѣдующихъ конструктивныхъ выводовъ.

Каждый изъ этихъ параграфовъ представляетъ полемику противъ опредѣленной доктрины, а именно: § 1-ый—противъ отрицателей авторскаго права, вообще, и противъ Gerber'a, въ частности; § 2-ой—противъ отрицателей трудовой теоріи собственности, и § 3-ій — противъ подведенія патентнаго и авторскаго права подъ категорію личныхъ правъ. Положительные результаты этихъ полемическихъ экскурсовъ представляются въ слѣдующемъ видѣ.

I. Gerber училъ, что авторское право есть рефлексъ соотвѣтствующихъ уголовныхъ нормъ [1]. По мнѣнію Kohler'a, это утвержденіе неправильно: иначе пришлось бы говорить о передачѣ рефлекса, о залогѣ на рефлексъ, о запрещеніи на рефлексъ и т. д. «Защищенный интересъ лица называется правомъ; рефлексъ перестаетъ быть рефлексомъ и становится правомъ въ тотъ моментъ, когда онъ облекается законной защитой [2]». Авторское право создано для защиты интересовъ не общества, а именно самого автора; нельзя сравнивать его съ законами объ охотѣ, коими—рефлективно—«профитируютъ» и соловьи; не даромъ преслѣдованіе контрафакціи происходитъ лишь по частной жалобѣ [3]. Наконецъ, рядомъ съ уголовною защитою существуетъ и гражданская (въ томъ числѣ и противъ добросовѣстнаго нарушенія авторскаго права!): а эту

[1]) Ср. § 32.
[2]) Loc. cit., стр. 186.
[3]) Ibid., стр. 187.

послѣднюю невозможно же конструировать, какъ actio quasi ex contractu [1]).

Итакъ, первый выводъ Kohler'a таковъ: авторское право есть самостоятельно существующее гражданское право.

II. «Вторая категорія аргументовъ противъ нашей теоріи — говоритъ Kohler [2]) - идетъ изъ лагеря приверженцевъ теоріи привилегіонной». Эту послѣднюю авторъ изображаетъ въ слѣдующемъ видѣ. «Привилегіонная теорія состоитъ изъ двухъ частей: во-первыхъ, она утверждаетъ, что авторское право основывается не на естественномъ правѣ, а на искусственномъ созданіи закона; во-вторыхъ,—что авторское право содержитъ въ себѣ не право на опредѣленную вещь, подобно собственности, а лишь запрещеніе, лишь veto, направленное противъ третьихъ лицъ [3])».

Полемизируя противъ этой теоріи, Kohler приходитъ, соотвѣтственно, къ двумъ выводамъ, а именно: 1) что нематеріальныя произведенія допускаютъ аппропріацію въ такой же мѣрѣ, какъ и матеріальныя (съ необходимыми измѣненіями), и что, поэтому, авторское право должно быть изображаемо не только какъ отрицательное право по отношенію къ третьимъ лицамъ, но еще и какъ положительное правомочіе по отношенію къ данной вещи [4]); и 2) что авторское право есть столь же священное естественное право, какъ и собственность [5]).

[1]) Ibid., стр. 183.

[2]) Ibid., стр. 191.

[3]) Ibid., стр. 192.

[4]) Ibid., стр. 193—209; ср. § 259. ниже.

[5]) „Von dem Unterschied zwischen einem solchen natürwüchsigen Recht und einer lediglich artificiellen legislativen Schöpfung, zwischen einem gesetzlich sanctionirten Naturrecht (?) und einer freien gesetzliche Belehnung haben denn auch die Interessenten ein sehr richtiges Gefühl, ein viel richtigeres, als die Juristen, welche ihnen diesen Unterschied als unerheblich darstellen wollen; nicht umsonst kämpfen sie für ihr Naturrecht, für ihr Recht der Schöpfung, sollte ihnen auch die Privilegientheorie ihre reichlichsten Gaben spenden: denn die Heiligkeit eines Naturrechts, eines Rechts von Gottes Gnaden kann keine auch noch so reichlich ausgestattete artifizielle staatliche Schöpfung ersetzen". Ibid., стр. 219.

Во второмъ параграфѣ доказывается, что основаніе собственности есть именно трудъ, и что авторское право, всецѣло основанное на трудѣ-творчествѣ, слѣдовательно, вполнѣ аналогично, съ этой точки зрѣнія—dominium'у [1]).

III. Наконецъ, въ третьемъ параграфѣ выясняется отличіе имущественнаго элемента въ авторскомъ правѣ отъ элемента личнаго: подробно устанавливается значеніе личнаго, индивидуальнаго авторскаго и патентнаго права и доказывается, что имъ не исчерпывается все содержаніе Urheberrecht'a [2]).

Такимъ образомъ, конструкція 1880 года можетъ быть сведена къ слѣдующимъ пунктамъ: авторское (и патентное) право есть гражданское право, заключающее въ себѣ положительное правомочіе (Verfügungsrecht) по отношенію къ нематеріальному объекту; оно основано на актѣ труда-творчества и потому является столь же естественнымъ правомъ, какъ и собственность; оно состоитъ изъ комбинаціи имущественнаго и личнаго элементовъ.

Эта конструкція уже теряетъ въ значительной степени ту яркость естественно-правной окраски, которою—какъ мы видѣли выше—отличалась конструкція 1878 года. Соображенія о томъ, что авторское право есть «ein Recht von Gottes Gnaden», еще играютъ въ ней важную роль, однако они перестаютъ быть единственнымъ содержаніемъ конструкціи, какъ это было въ 1878 году.

§ 246. Послѣ Autorrecht'a, Kohler долгое время не выступалъ съ конструктивными работами, обративъ вниманіе преимущественно на разработку практическихъ вопросовъ [3]).

---

[1]) Ibid., стр. 226—251.

[2]) Ibid., стр. 251—287.

[3]) Хотя онъ самъ придаетъ важное значеніе (Handbuch, стр. 57) статьѣ „Autor-, Patent- und Industrierecht", помѣщенной въ Busch's Archiv, 47, стр. 167, однако анализъ этой работы показываетъ, что она не содержитъ чего либо существеннаго для выясненія конструкціи. Въ самомъ дѣлѣ,

Окончательно выработанную форму его теоріи приходится, такимъ образомъ, искать въ его новѣйшихъ работахъ, а именно:

1. «Die Idee des geistigen Eigenthums», въ Archiv für die civil. Praxis, LXXXII, стр. 141—242.

2. «Zur Konstruction des Urheberrechts», въ Archiv für das bürgerliche Recht, 1895, X, стр. 241—286, и

3. Handbuch des Patentrechts, 1900, стр. 53 — 58.

Попробую изобразить третью фазу Колеровской конструкціи на основаніи этихъ работъ.

Нематеріальная доктрина—говоритъ ея авторъ [1])—есть только естественное развитіе доктрины промышленной и авторской собственности. Однако, она беретъ изъ пропріетарной конструкціи лишь ея здоровую сердцевину, отбрасывая всѣ ошибки [2]). Посмотримъ же, въ чемъ именно онъ самъ видитъ эти ошибки. «Ошибка пропріетарной теоріи заключалась въ томъ, что она строила на одномъ и томъ же юридическомъ фундаментѣ собственность—какъ на матеріальныя, такъ и на нематеріальныя вещи... Между тѣмъ, два эти права имѣютъ fundamentale Unterschiede in ihren wesentlichen Lebensäusserungen (?) insbesondere auch, was die Art ihrer Bethätigung (?) und ihres Schutzes betrifft». [Замѣтить искусство, съ которымъ Kohler оперируетъ надъ двусмысленными понятіями: что такое Lebensäusserungen eines Rechtes?]. Заслуги же пропріетарной теоріи заключаются въ томъ, что она вѣрно подмѣтила многочисленныя аналогіи авторскаго права и права соб-

вотъ планъ этой работы: значеніе патентнаго права (стр. 167—169); возникновеніе нематеріальной теоріи (169—170); отличіе отъ собственности (170—173); трудовая теорія (173—174); полемика съ Göppel'емъ: объектомъ являются самыя нематеріальныя блага, а не возникающія по поводу ихъ отношенія къ третьимъ лицамъ (174—181); полемика съ Kärger'омъ: сущность нематеріальнаго права заключается въ положительной возможности пользоваться даннымъ благомъ, а не въ отрицательной возможности исключать третьихъ лицъ (181—184); полемика съ Gierke: авторское право не есть исключительно личное право, но еще и имущественное право (184—190).

[1]) Archiv civ. Praxis, LXXXII, passim.

[2]) Handbuch, стр. 57.

ственности, а именно: «оба эти права суть абсолютныя права, имѣютъ объектами предметы потребленія (Genussgüter), обладаютъ нѣкоторою опредѣленною исключительностью и могутъ быть предметомъ передачи [1])...». Все это перенято-де и развито имматеріальною теоріею. Въ результатѣ, слѣдовательно, получается, что нематеріальное право заключается въ возможности для управомоченнаго имѣть «eine bestimmte rechtliche Herrschaft» надъ тою нематеріальною идеею, которая составляетъ объектъ его права [2]). Право изобрѣтателя должно быть разсматриваемо какъ абсолютное право [3]); содержаніемъ его является «ein Alleinausnützungs-, ein Alleinbenützungsrecht der Erfinderidee [4])»; параллельно съ нимъ, мыслится и личное право изобрѣтателя и автора [5]).

Изъ сказаннаго явствуетъ, что третья фаза Колеровской конструкціи (90-хъ годовъ) уже совершенно теряетъ естественно-правный характеръ [6]). Всѣ соображенія о трудѣ какъ основѣ собственности, о творчествѣ какъ формѣ труда, о «святости» патентнаго права— совершенно отпадаютъ. Остается лишь скудный, такъ сказать, ободранный скелетъ нѣкогда пышной теоріи:

---

[1]) Handbuch, стр. 57. — Ср.: „Die Immaterialrechte sind nicht identisch mit dem Eigenthumsrecht: beide haben ihre nahen und weitergehenden Analogien; sie gleichen einander in der philosophischen Grundlage, sie gleichen einander in den Beziehungsverhältnissen zwischen Subject und Object und entsprechend auch in der Konstruction, aber neben der Aenlichkeit laufen tiefe Verschiedenheiten, und zwar Verschiedenheiten, welche in der Art der Immaterialrechtsgüter, welche eben in der Immaterialität begründet sind; Verschiedenheiten, welche in dem Erwerb, in dem Verlust, in der Ausübung des Rechts, welche sich bei der Exekution in das Recht, bei der Bestellung von Nebenrechten äussern, wie in anderen Dingen. Und ganz besonders der Grundsatz der Zeitlichkeit der Rechte beruht auf Eigenheiten des Rechtsguts". Busch's Archiv, 47, стр. 172. Ср.: „Die Idee des geistigen Eigenthums fehlt darin, dass sie identificiert wo nur von Analogien gesprochen werden kann, will man das Eigenthum nicht in vage Unbestimmtheit auflösen". Busch's Archiv, 47, S. 171.

[2]) Handbuch, стр. 57.

[3]) Archiv civ. Praxis, LXXXII, стр. 161.

[4]) Handbuch, стр. 57.

[5]) Arch. bürg. Recht, V, стр. 261.

[6]) По крайней мѣрѣ, съ внѣшней стороны; см. ниже.

патентное право есть право использовать изобрѣтательскую идею; оно похоже на собственность.

По-истинѣ, изъ-за такихъ пустяковъ не стоило огородъ городить. Самъ Kohler, столь любящій говорить о своихъ заслугахъ, изображаетъ «достоинства» нематеріальной теоріи слѣдующимъ образомъ: 1) она, будто бы, впервые доказала, что патентное право есть право, а не привилегія (но мы видѣли выше [1]), что облигаторная конструкція для патентнаго права и, въ особенности, для авторскаго права была ясно сознана уже въ XVIII вѣкѣ): 2)—что она впервые, будто бы, ввела это право въ систему гражданскихъ правомочій [но A. Weinling еще въ 1843 году писалъ (Archiv Rau, I, стр. 247): «das Patentwesen wohl eben.... in den meisten Beziehungen der civilrechtlichen Gesetzgebung... zu verweisen sein dürfte»], и 3)—что она установила понятіе нематеріальнаго объекта патентнаго права [2]) [но во всѣхъ культурныхъ государствахъ уже съ середины XIX вѣка (если не раньше) различали матеріальный субстратъ отъ изобрѣтательской идеи, какъ таковой; иначе нельзя было бы патентовать способы производства!]

Мнѣ остается дать оцѣнку Колеровской теоріи. Поскольку она въ первой своей стадіи имѣла естественноправный характеръ—я буду считаться съ ней ниже, при обсужденіи вопроса о конструктивномъ значеніи понятія привилегіи (см. ниже, §§ 250—251). Поскольку она подчеркиваетъ положительную функцію патентнаго права (возможность использовать изобрѣтеніе, а не

---

[1]) Томъ I, § 26.

[2]) „Nach beiden Richtungen hier hat die von mir aufgestellte Theorie der Immaterialrechte eingesetzt und darin liegt ihr hauptsächliches Verdienst. Mit dieser Kategorie ist die Ausscheidung vom Eigenthum vollzogen: an Stelle der Identität trat die Analogie, an Stelle des Gleichheitsrechts das Bruderrecht. Damit aber war zugleich der Blick auf das Rechtsobject gelenkt und der Wissenschaft die Aufgabe geradezu aufgenöthigt, dieses immaterielle Rechtsgut zu charakterisiren, es in seinem inneren Wesen und in seiner äusseren Tragweite festzustellen". Busch, 47, стр. 173

только возможность запрещать (другимъ пользованіе) я разберу ее ниже, въ связи съ общимъ вопросомъ о содержаніи патентнаго правомочія и о конструктивномъ значеніи понятія монополіи (см. §§ 259 и сл.).

Остаются два послѣднихъ пункта: нематеріальный объектъ и сходство съ собственностью («Bruderrechte»). По этимъ пунктамъ мнѣ возражать ничего не приходится: первый изъ нихъ заключаетъ или тавтологію, или трюизмъ, а второй сводится къ разобранной выше конструкціи «propriété sui generis». Въ виду всего этого, я позволяю себѣ утверждать: если—какъ я надѣюсь—мнѣ удастся ниже доказать, что патентное право не имѣетъ положительной функціи и что «святость» его не имѣетъ ничего специфическаго, то остальная часть доктрины Колера будетъ являться старымъ перепѣвомъ грубыхъ французскихъ ошибокъ...

Нематеріальная теорія есть не конструкція, а отрицаніе конструкціи: ибо она даетъ статику второго порядка не-координированную со статикою перваго порядка [1]).

Не даромъ Laband высказался объ ней такъ иронически-сурово: «Man sieht, dass der Verfasser, von sehr lüftigen Höhen der Philosophie ausgehend, schliesslich in den versandten Hafen des geistigen Eigenthums anlangt».

---

[1]) Иначе я отказываюсь понимать такія цитаты, какъ: патентныя права суть „Rechte an immateriellen Gütern, wie das Eigenthum ein Recht an einem materiellen Gute ist; daher Verschiedenheit der Technik neben gleichartigen Ausgangspunkten“ (Autorrecht etc., стр. 130). Бѣда заключается въ томъ, что юристу важно единство не (экономическихъ) Ausgangspunkt'овъ, а именно (юридической) Technik. Kohler же обращаетъ все свое вниманіе на первое, оставляя въ тѣни вторую (мнѣ не извѣстно, чтобъ Kohler, гдѣ либо, ясно и точно формулировалъ отличія этой Technik: тогда бы онъ только и далъ конструкцію!). Аналогично указаніе въ Patentrecht'ѣ (стр. 8): „Die stoffliche und nichtstoffliche Natur des Gutes kann zwar einen Unterschied in der juristischen (!) Technik, niemals aber einen Unterschied in den Grundprinzipien, in den Postulaten der Gerechtigkeit bedingen“. Насколько Kohler стоитъ близко къ теоріи propriété sui generis, можно судить изъ слѣдующей цитаты; „Das Urheberrecht ist kein Eigenthumsrecht, sondern ein dem Eigenthumsrechte verwandtes, aus derselben Quelle entspringendes Recht an einem immateriellen Gute. Beide Rechte sind nicht identisch, aber sie sind Brüder (?)“. (Patentrecht, стр. 15)

II.

§ 247. Покончивъ, такимъ образомъ, съ критическимъ анализомъ господствующихъ конструкцій, я считаю себя вправѣ перейти къ изложенію въ положительной формѣ. Буду, при этомъ, слѣдовать порядку намѣченныхъ мною выше четырехъ конструкціонныхъ элементовъ (см. § 232).

Генетика перваго порядка опредѣляется, въ институтѣ патентнаго права, слѣдующими моментами.

Патентное право является результатомъ сложнаго комплекса соціальныхъ причинъ, распадающихся на двѣ большія группы: объективную и субъективную.

Въ числѣ первыхъ нужно указать, какъ на главную причину,—на ту важную роль, которую играютъ изобрѣтенія въ общей экономіи нашей общественной жизни. Благодаря изобрѣтеніямъ развиваются новыя сложныя формы политическихъ общеній и устраняются тѣ неудобства, изъ-за коихъ гибли такія общенія въ старые годы (§ 2); благодаря изобрѣтеніямъ же, эволюціонируютъ и совершенствуются прогрессивные юридическіе институты и отмираютъ институты отжившихъ формацій (§ 2). Еще большее вліяніе оказываютъ изобрѣтенія на экономическую жизнь народовъ: они колоссально ускоряютъ и удешевляютъ производство и распредѣленіе благъ и тѣмъ способствуютъ ихъ демократизаціи, чувствительно поднимая матеріальный standart of life низшихъ классовъ населенія (§ 3). Поэтому, между прочимъ, съ изобрѣтеніями сопрягаются весьма значительные денежные интересы (§ 4). Не безъ вліянія остаются изобрѣтенія и на культурно-этическую сторону нашей жизни, освобождая все большее и большее количество рабочихъ отъ исполненія тяжелой грубо-ручной работы и тѣмъ облагораживая и ихъ трудъ, и ихъ досуги (§ 5). Да и сами по себѣ, изобрѣтенія заключаютъ въ себѣ нѣкоторый эстетическій элементъ, воплощая въ бездушныхъ приспособленіяхъ

лучшіе порывы творчески-созидающей мысли и, потому, служа наиболѣе выпуклымъ примѣромъ тѣхъ побѣдъ, которыя духъ можетъ одерживать надъ матеріей (§ 5).

Изъ субъективныхъ причинъ, главною является соотношеніе между понятіемъ изобрѣтенія, какъ продукта, и индивидуальной прогрессирующей мысли, какъ причины. Всякое изобрѣтеніе является результатомъ тѣхъ необъяснимыхъ и ближе неопредѣлимыхъ порывовъ мысли, которые мы называемъ творчествомъ и передъ которыми мы останавливаемся всегда съ уваженіемъ, а иногда—съ благоговѣніемъ (§§ 83 - 87). Хотя и двигаясь въ области цѣлесообразнаго, техническаго,—изобрѣтатель, несмотря на это, является столь же благороднымъ творцомъ, какъ и художникъ, поэтъ или ученый. Подчасъ его трудъ носитъ характеръ даже еще бо́льшаго величія, чѣмъ трудъ только что перечисленныхъ родныхъ братьевъ изобрѣтателя, потому что ему приходится, въ своемъ творчествѣ, бороться не только съ формой, но еще и съ самымъ могущественнымъ врагомъ созидающаго генія: съ инертностью матеріи. Трудъ изобрѣтателя, поэтому, по меньшей мѣрѣ, равнороденъ съ трудомъ писателя, художника, ученаго и музыканта (§ 93). И если личный (моральный) элементъ изобрѣтательскаго права до сихъ поръ еще не получилъ защиты въ законодательствахъ, если мы до сихъ поръ еще не возвысились до идеи о возможности—въ далекомъ будущемъ—иска о признаніи изобрѣтательскаго авторства или иска о запрещеніи искажать изобрѣтеніе, поскольку оно связано съ личностью своего творца, то это происходитъ лишь вслѣдствіе отсталости и неразвитости нашей юридической техники (§ 6). Все это—придетъ въ свое время.

Только-что перечисленныя объективныя и субъективныя причины, накопляясь одна на другую, вызвали, наконецъ, въ современномъ обществѣ—сознаніе о необходимости защищать интересы и права изобрѣтателей. Перепробовано было нѣсколько формъ такой защиты (§ 7) и, въ результатѣ, наша культура остановилась

на патентахъ, какъ на способѣ гарантировать maximum правъ изобрѣтателей, при minimum'ѣ неудобствъ для публики (§§ 8—14).

Указанные патенты, въ виду сильнаго давленія, произведеннаго на психику законодателей перечисленными причинами, выдаются изобрѣтателямъ не какъ милость или подачка, а какъ заслуженное и неотъемлемо-принадлежащее имъ право. Въ этомъ тезисѣ мы переходимъ уже въ область генетики второго порядка, и, потому, я могу на минуту остановиться въ моемъ изложеніи.

Резюмируя все сказанное относительно генетики перваго порядка, я могу выставить такого рода тезисы: изобрѣтатель есть техническій творецъ; результатъ его творчества (изобрѣтеніе) является, съ субъективной точки зрѣнія, нѣкоторымъ расширеніемъ во-внѣ, нѣкоторою объективаціею его личности; а съ объективной—въ высокой степени полезнымъ вкладомъ въ сокровищницу нашихъ культурныхъ пріобрѣтеній; поэтому, изобрѣтеніе должно быть защищаемо съ двухъ точекъ зрѣнія: 1) какъ кристаллизація личности, ибо никто не имѣетъ права нарушать миръ въ святилищѣ чужой личной жизни и ея результатовъ [1]), и 2) какъ плодъ полезной работы, ибо никому не дозволено обогащаться на чужой счетъ [2]).

Такова генетика перваго порядка въ разбираемомъ институтѣ; другими словами: таковы культурно-экономическія причины, лежащія внѣ юриспруденціи, но повлекшія (въ прошломъ) созданіе юридическаго института и могущія повлечь (въ будущемъ) измѣненіе его правовой физіономіи.

---

[1]) O. Gierke и т. д. (см. § 242).

[2]) Промышленная собственность и т. д. (см. § 234).

III.

§ 248. Генетика второго порядка опредѣляется въ институтѣ патентнаго права слѣдующими моментами.

Всѣ перечисленныя выше (§ 247) причины привели современныя законодательства къ сознанію необходимости защищать изобрѣтенія не спеціальными, ad hoc создаваемыми, милостивыми велѣніями власти (факультативный принципъ), а общими, однообразными нормами гражданскаго права (облигаторный принципъ). Въ наше время изобрѣтатель не проситъ защиты, а требуетъ ея, на точномъ основаніи для всѣхъ одинаковыхъ нормъ закона [1]).

[1]) Полемическій экскурсъ. Выраженія: „облигаторный принципъ“, „не проситъ, а требуетъ“—могутъ дать поводъ къ нѣкоторымъ недоразумѣніямъ. Напримѣръ, г. Катковъ (op. cit., стр. 220 и сл.), очевидно, не понялъ меня. Онъ говоритъ: „Мысль, напр., будто въ началѣ защита изобрѣтателей, посредствомъ надѣленія ихъ исключительными правами, давалась какъ милость (факультативный принципъ), а потомъ по праву (облигаторный принципъ), вовсе не выведена изъ исторіи, а лишь изъ нѣсколькихъ произвольно подобранныхъ историческихъ фактовъ“. И далѣе: „Пока власть не издала общаго закона о выдачѣ патентовъ, ни о какомъ „правѣ“ изобрѣтателя на полученіе его не можетъ быть и рѣчи. И, послѣ изданія общаго закона о патентахъ, говорить о „правѣ“ изобрѣтателя на охрану интересовъ путемъ выдачи патентовъ можно лишь по отношенію къ тѣмъ низшимъ, подзаконнымъ, органамъ власти, которымъ вмѣнено въ обязанность выдавать патенты. Говорить о томъ, что изобрѣтатель имѣетъ „право“, вообще, требовать охраны своего изобрѣтенія въ формѣ выдачи патента, о томъ, что государственная власть, вообще, обязана давать патенты,—такое утвержденіе не согласно съ фактами (какъ бы вы крѣпко ни вѣрили въ „облигаторный принципъ“, патента вы не получите, напр., въ Голландіи)“. И еще дальше (стр. 221): „Все, что можно вывести изъ исторіи, это то, что въ нѣкоторыхъ (значитъ это—хромое обобщеніе) странахъ власть нашла возможнымъ, вмѣсто выдачи патентовъ по отдѣльнымъ актамъ милости, издать (милостиво же, а иногда и не такъ ужъ милостиво: напр., въ Швейцаріи) общій законъ въ пользу цѣлаго класса изобрѣтателей. Изобрѣтатели получили въ силу такого закона, „право“ на выдачу патентовъ, но „право“ къ подзаконнымъ органамъ; сама верховная власть сохраняетъ право урѣзать эту выдачу (какъ въ Швейцаріи) или совсѣмъ отмѣнить ее (какъ въ Голландіи)“. Я нарочно выписалъ три такихъ длинныхъ цитаты: потому, что считаю ихъ не возраженіемъ, а, наоборотъ, лишь разъясненіемъ

Облигаторный принципъ выработался путемъ долгаго историческаго процесса, отъ коего до нашего времени остались нѣкоторые пережитки.

Изображенію этого историческаго процесса посвящены у меня первая и вторая главы первой книги. Я подробно доказывалъ въ нихъ, что античный міръ и средніе вѣка относились къ ручному труду презри-

---

того, что я высказывалъ въ первомъ томѣ, очевидно, съ недостаточною ясностью.

Мнѣ и въ голову никогда не приходило утверждать, что облигаторность патентнаго права имѣетъ своимъ содержаніемъ запрещеніе, направленное противъ суверенной законодательной власти и гласящее: „вы не можете ни не издать, ни отмѣнить закона о патентахъ“. Единственно, что я говорилъ, это – слѣдующее: облигаторный принципъ измѣняетъ значеніе выдачи патента; изъ акта свободнаго (милостиваго) усмотрѣнія органа верховной (или даже: подчиненной) власти (Пруссія, до 1877 г.)—онъ дѣлаетъ эту выдачу—актомъ подчиненнаго управленія, совершающимся въ рамкахъ, установленныхъ закономъ. Слѣдовательно, какъ правильно говоритъ г. Катковъ, сущность облигаторнаго принципа заключается въ томъ, что въ нѣкоторыхъ странахъ (обобщеніе для этихъ странъ отнюдь не хромое!) выдача патентовъ совершается на основаніи общаго закона, дающаго изобрѣтателямъ право требовать отъ соотвѣтствующихъ органовъ (подчиненнаго) управленія – выдачи патента на всякое изобрѣтеніе, удовлетворяющее извѣстному комплексу требованій.

А затѣмъ возникаетъ другой вопросъ: связанъ ли законодатель въ своихъ волеизъявленіяхъ, касающихся патентнаго права? Можетъ ли онъ свободно измѣнять, отмѣнять и урѣзывать законы о привилегіяхъ?—По этому вопросу г. Катковъ высказывается отрицательно. Есть авторы, которые высказываются утвердительно [напримѣръ, Droz, на конгрессѣ 1878 г., Procès-verbaux, стр. 123: „Nous avous voulu poser en principe que le droit reconnu à l'inventeur n'était pas seulement une concession gracieuse que font les législateurs dans l'intérêt de la société; qu'il y avait quelque chose de plus, un droit appartenant à l'inventeur, si bien qu'il ne dépenderait pas de la législation d'abroger les textes qui reconnaissent et consacrent ce droit“. Или, у другого автора: „Là, ou l'on admettra que le privilège de l'inventeur a ses racines en dehors et au-dessus des législations positives, ce sera vers un courant favorable au monopole qu'on s'efforcera d'entrainer les esprits. Là ou l'on considérera les avantager, concédés à l'auteur d'une découverte comme une récompense ou un encouragement que rien ne nous obligeait à consacrer fatalement, etc.“, Picard et Olin, Traité, 1869, стр. 9]. Я, лично, не могу встать ни на слишкомъ грубо-позитивную точку зрѣнія г. Каткова, ни на очевидно естественно-правовую точку зрѣнія г. Droz'a. Позволю себѣ изложить свой взглядъ нѣсколько ниже (см. § 251). Здѣсь же отмѣчу лишь одно: этотъ вопросъ не имѣетъ рѣшительно ничего общаго съ вопросомъ о сущности того, что я называю облигаторнымъ принципомъ.

тельно (§ 19); подъ вліяніемъ ренессанса, положеніе представителей ручного труда, какъ соціальнаго класса, улучшается (§ 20); начинаютъ появляться единичные случаи изобрѣтеній, для коихъ общіе законы не даютъ надлежащей защиты: цеховые регламенты не только не защищаютъ, но даже угнетаютъ новаторовъ (§ 21); на сторону изобрѣтателей становятся короли, которымъ выгодно было взять на себя въ дѣлѣ промышленности роль защитниковъ прогресса, дабы облечь въ приличную форму начинавшуюся борьбу со всемогущими средневѣковыми корпораціями (§ 22); начинается выдача отдѣльныхъ эксплоатаціонныхъ привилегій, въ нарушеніе общаго цехового порядка (§ 23); выдача эта, облекаясь въ форму особливой заботливости короля о нуждахъ промышленности въ ея исключительныхъ формахъ, имѣетъ основнымъ своимъ началомъ принципъ факультативности (§ 24); т.-е., изобрѣтатели могутъ ходатайствовать о выдачѣ имъ привилегіи, но король имѣетъ право отказать имъ хотя бы потому, что данное лицо покажется недостойнымъ поощренія (§ 24); однако, съ теченіемъ времени, прецеденты начинаютъ, мало-по-малу, связывать свободное усмотрѣніе верховной власти: изобрѣтатели начинаютъ считать, что милость, оказанная тысячамъ людей, находившихся въ точно такомъ же положеніи, какъ они—даетъ имъ поводъ быть настойчивыми (§ 26); еще позднѣе, изобрѣтатели начинаютъ смотрѣть на эвентуальные отказы въ выдачѣ привилегій не только какъ на нецѣлесообразныя распоряженія, но и какъ на нарушенія ихъ правъ; привилегіи переходятъ на облигаторную почву (§ 27); этотъ переходъ совершается въ концѣ XVIII вѣка во Франціи (§ 27[a]), въ Англіи (§ 28) и въ С. Штатахъ (§ 29);—много позднѣе, послѣ упорной борьбы (§§ 30—40) въ Германіи; Россія формально признаетъ облигаторность привилегій въ 1870 г. (§ 50).

Что же касается до пережитковъ только что изо-

браженнаго процесса, то ихъ можно изобразить въ видѣ слѣдующихъ двухъ примѣровъ.

Въ процедурѣ выдачи патента мы наблюдаемъ то странное явленіе, что дѣйствія органа власти, вѣдающаго эту выдачу, подлежатъ двумъ весьма несхожимъ видамъ контроля, въ зависимости отъ характера дѣйствій этого органа (§ 133). Конкретно: Комитетъ по техническимъ дѣламъ можетъ или выдать привилегію, или отказать, въ выдачѣ таковой. Въ первомъ случаѣ (выдача), дѣйствія Комитета подлежатъ самому полному контролю со стороны судебной власти: всякое третье лицо, заинтересованное въ уничтоженіи патента, можетъ обратиться въ судъ и требовать объявленія привилегіи несуществующею. Судъ постановляетъ въ этихъ случаяхъ свое рѣшеніе, не сносясь съ Комитетомъ, и рѣшеніе всякаго окружного суда, вошедшее въ законную силу, обязательно для министерства финансовъ—самымъ безусловнымъ образомъ.

Не такъ при отказѣ: въ этомъ случаѣ, изобрѣтатель имѣетъ возможность обратиться во вторую инстанцію Комитета и затѣмъ, въ порядкѣ административной жалобы, въ I Департаментъ Сената. А всѣмъ извѣстно, какъ тяжело и трудно добиваться этимъ путемъ рѣшеній, идущихъ вразрѣзъ министерскому постановленію.

Если посмотрѣть, однако, на дѣло съ точки зрѣнія конструкціонной послѣдовательности, то мы придемъ къ заключенію, что въ обоихъ перечисленныхъ случаяхъ дѣло идетъ, въ сущности, объ одномъ и томъ же; въ обоихъ случаяхъ Комитетъ рѣшаетъ одинъ и тотъ же вопросъ: имѣется ли у даннаго лица данное гражданское право? И, слѣдовательно, мы должны признать указанное различіе въ контролѣ—весьма непослѣдовательнымъ.

Объясняется же это различіе лишь вліяніемъ переживающей факультативной конструкціи. Вообразимъ, на минуту, что патентъ выдается по совершенно безкон-

трольному благоусмотрѣнію правительства. Первая реакція противъ этой безконтрольности пойдетъ со стороны публики: обществу необходимо будетъ обезпечить себя противъ выдачи привилегій такимъ лицамъ, которыя не имѣютъ на то права (Ср. § 25). Затѣмъ, необходимо дальнѣйшее, очень сложное, развитіе общественнаго правосознанія для того, чтобы публика почувствовала наличность несправедливости, вопіющей о мщеніи, также и въ тѣхъ случаяхъ, когда король, въ полнотѣ своей власти, не выдаетъ патента тому, кому слѣдовало бы получить таковой. Полное развитіе облигаторнаго начала требовало бы судебной гарантіи въ обоихъ случаяхъ: судебнаго иска о выдачѣ патента наравнѣ съ судебнымъ искомъ объ уничтоженіи патента. Современное положеніе дѣла можетъ быть объяснено лишь историческими причинами.

Другой примѣръ. Почему выданный патентъ, по многимъ законамъ, долгое время не могъ быть передаваемъ третьимъ лицамъ иначе, какъ съ соблюденіемъ сложныхъ спеціальныхъ формальностей (§ 153)?—Оттого, что въ числѣ побудительныхъ причинъ, подвинувшихъ правительство на выдачу патента данному лицу, могли фигурировать соображенія личной симпатіи именно къ данному индивиду. Эти личныя причины должны были мѣшать свободной передачѣ патентовъ: пріобрѣтатель, можетъ быть, не обладалъ тѣми качествами, которыя дѣлали перваго патентодержателя лично симпатичнымъ правительству.

§ 249. Итакъ, генетика второго порядка выражается, по отношенію къ патентному праву, въ томъ, что патенты выдаются на основаніи не спеціальныхъ, а общихъ нормъ. Конкретно: по нашему правосознанію, патенты не суть привилегіи; наше правосознаніе требуетъ защиты изобрѣтеній путемъ общихъ нормъ, а не только (милостивыхъ) исключеній для нѣкоторыхъ лицъ. По этому поводу возникаетъ слѣдующій важный вопросъ: какъ извѣстно, законъ не связанъ требованіями народнаго правовоззрѣнія (интуиціи); спраши-

вается, значитъ, находится ли, въ области патентнаго права, русскій законъ въ согласіи или въ противорѣчіи съ народною интуиціею?

Текстъ закона, повидимому, указываетъ на противорѣчіе: Положеніе повсюду говоритъ о привилегіяхъ на изобрѣтенія. Но относительно духа закона могутъ возникнуть сомнѣнія. Для того, чтобы изложить эти сомнѣнія, мнѣ, однако, необходимо сдѣлать предварительный экскурсъ въ область ученій о самомъ понятіи привилегіи. Я, конечно, не могу подвергнуть это понятіе всесторонней детальной разработкѣ: намѣчу лишь основныя положенія такъ, какъ они выработаны спеціалистами.

Что̀ такое привилегія?—За отвѣтомъ на этотъ вопросъ предпочтительно обращаться къ авторамъ ancien régime'a: имъ это дѣло было близкимъ. «Privilegium est specialis constitutio principis — говоритъ Wasmuth [1])— qua intuitu certi individui fit exceptio a jure communi quoad actos futuros ejusdem generis». Такимъ образомъ Wasmuth выставляетъ четыре признака привилегіи: specialis consitutio principis — certum individiduum — exceptio a jure communi—quoad actos futuros. Два изъ этихъ признаковъ могутъ быть откинуты послѣ суммарнаго анализа. Quoad actos futuros—является несомнѣнно излишнимъ ограниченіемъ понятія привилегіи: условное помилованіе есть несомнѣнная привилегія—но относится къ фактамъ прошлаго.—Specialis constitutio есть признакъ тавтологическій съ exceptio a jure communi. Такимъ образомъ, остаются въ нашемъ распоряженіи только два признака: certum individuum и exceptio a jure communi.

Если мы возьмемъ автора болѣе современнаго, то мы увидимъ, что онъ опредѣляетъ понятіе привилегіи именно совокупностью этихъ двухъ признаковъ. Beseler [2]) различаетъ gemeines Recht, какъ совокуп-

[1]) I. G. Wasmuth, De privilegiorum natura Goettingae, 1787.
[2]) Beseler, System, 1885, стр. 10.

ность тѣхъ нормъ, которыя проистекаютъ изъ ratio legis и потому носятъ характеръ нормъ правильныхъ (regelmässig) — и anomalisches Recht (привилегіи въ широкомъ смыслѣ), т.-е. нормы, «возникшія на почвѣ не чисто правовыхъ явленій (? «reines Rechtsgebiet»), а проистекающія изъ соображеній цѣлесообразности или справедливости». Т.-е., тѣ же категоріи jus commune и exceptio a jure communi [1]).

Согласиться съ такимъ опредѣленіемъ понятія привилегіи, конечно, нельзя. Какъ справедливо указываетъ Dernburg [2]), понятія общаго и сингулярнаго права представляютъ не юридическія, а историческія категоріи [3]). Сегодня норма *A* составляетъ общее право; завтра норма *a* вноситъ въ нее исключеніе. Черезъ сто лѣтъ можетъ оказаться, что *a* настолько развилось, фактическій его субстратъ встрѣчается настолько часто, сравнительно съ субстратомъ нормы *A*, что общимъ правиломъ публика считаетъ уже *a*; *A* становится лишь устарѣлымъ «исключеніемъ». Поэтому, совершенно правильно еще Glück указывалъ [4]), что «исключенія изъ общаго права, такъ называемыя, привилегіи въ широкомъ смыслѣ» являются привилегіями лишь im uneigentlichen Sinne.

Изъ указанныхъ Wasmuth'омъ признаковъ въ нашемъ распоряженіи остался, такимъ образомъ, лишь четвертый: constitutio de certo individuo. Glück такъ и опредѣляетъ понятіе привилегіи: «привилегія есть lex

[1]) Аналогично J. G. Ritter von Woerz, Die materiellen Grundsätze des oesterreichischen Privilegiengesetzes, Wien, 1890, стр. 3: „Unter einem Privilegium wird im allgemeinen jede Ausnahme von einem Gesetze verstanden, die zu Gunsten einzelner Personen, Corporationen oder ganzen Gemeiden, Ländergebiete u. s. w. zu Recht besteht".

[2]) H. Dernburg, Pandekten, 1896, § 33.

[3]) Относительно l. 14 D. I, 3, см. статью W Scharlach, „Das jus singulare im römischen Recht", Archiv für civ. Praxis, LXII, стр. 435—467; contra, Eisele, Iher. Jahrb. XXIII, стр. 118—132 (слабо).

[4]) C. F. Glück, Pandekten, 2 Ausg., Erlangen, 1797, стр. 549; это не мѣшаетъ ему, однако, ошибочно признавать существованіе особаго jus singulare, составляющаго „Ausnahmen von der Regel des strengern Rechts", ibid., стр. 558.

de privo, т.-е. lex de singulo homine (persönliche Gesetze)». Я думаю, что этотъ признакъ является вполнѣ надежнымъ, точнымъ и достаточнымъ. Leges de certa или de singula persona должны быть выдѣлены въ особую категорію. Должны, — не потому, чтобы самое количество субъектовъ имѣло какое-нибудь юридическое значеніе, а потому, что индивидуализація нормоустановленія имѣетъ громадное культурное значеніе.

§ 250. «Общее» право оперируетъ всегда съ абстракціями. Законъ не знаетъ ничего конкретно-индивидуальнаго. Онъ установляетъ, что при наличности данныхъ— абстрактно опредѣленныхъ — условій возникаютъ данныя послѣдствія. Законъ никогда не интересуется конкретнымъ человѣкомъ N, конкретнымъ бракомъ X съ У, конкретною запродажею, учиненною тогда-то такою-то помѣщицею. Эта абстрактность закона составляетъ его силу и его слабость. Законъ силенъ своею абстрактностью потому, что она позволяетъ ему послѣдовательно проводить желаемые принципы, не разбрасываясь на мелочи. Законъ слабъ своею абстрактностью потому, что summum jus summa iniuria,— потому, что абстрактный законъ не можетъ не быть искусственною формою, накладываемою на трепещущій организмъ живой дѣйствительности, — потому что эта искусственная форма не можетъ не придавливать грубымъ образомъ нѣкоторые нѣжные побѣги новыхъ, будущихъ формъ жизни. Это-то нѣжныя эмбріональныя формы нарождающихся новыхъ соціальныхъ отношеній и подлежатъ защитѣ посредствомъ индивидуализированныхъ нормъ, т.-е. привилегій. Такимъ образомъ, рядомъ съ прямолинейно-абстрактнымъ правомъ (starres Recht) становится гибкое индивидуализированное право (biegsames Recht). Привилегія въ этомъ смыслѣ есть лучшій залогъ развитія права: тамъ, гдѣ государство побоялось бы ломать не гнущееся абстрактное право—оно часто согласится ввести, въ видѣ опыта, палліативъ юркой привилегіи; а потомъ, одна привилегія влечетъ за собою другую и третью; смотришь — привилегіонные прецеденты

пробили брешь въ абстрактномъ правѣ,—и оно падаетъ, уступая мѣсто абстрагированной вытяжкѣ изъ привилегій [1]). Такимъ образомъ, привилегія въ этомъ смыслѣ является залогомъ прогресса, точнѣе: залогомъ ускоренія прогрессивнаго темпа.

Изъ этого слѣдуетъ, что индивидуализированное нормоустановленіе представляетъ совершенно нормальную функцію государственной дѣятельности. Съ юридической точки зрѣнія нельзя утверждать, чтобы привилегіонное нормоустановленіе было бы — абсолютно — хуже или лучше, чѣмъ нормоустановленіе абстрактное. Между тѣмъ, можно наблюдать, какъ весьма распространенный фактъ, что привилегіи, какъ таковыя, пользуются очень малыми симпатіями. Объясненіе двухъ главныхъ причинъ этого явленія дастъ мнѣ возможность указать нѣсколько дальнѣйшихъ характерныхъ чертъ понятія привилегіи.

Дѣло въ томъ, что 1) къ сожалѣнію, индивидуализированное право, какъ двуликій Янусъ, можетъ смотрѣть и впередъ, и назадъ. Поясню примѣромъ. Представимъ себѣ, что въ нѣкоемъ царствѣ абстрактное право гласитъ: «всѣ чернокожіе—рабы». Въ одинъ прекрасный день какой либо чернокожій *A* выучивается грамотѣ. Общественное мнѣніе начинаетъ волноваться: *A* съумѣлъ выучиться грамотѣ, т.-е. онъ оказалъ такія умственныя способности, которыми не обладаютъ 98% свободныхъ гражданъ страны!—неужели же государство

[1]) „Die Möglichkeit des Uebergehens der einen Art von Privilegien in die andere Art, d. h. die allmählige Erweiterung der individuellen lex specialis in jus singulare, ist aber nicht ausgeschlossen. Sie tritt ein, wenn ein eigentliches Privileg, welches zunächst nur für eine bestimmte Person oder Sache gegeben worden ist, allmählig z. B. wegen Gleichheit der obwaltenden Verhältnisse auf eine immer grössere Zahl von Personen oder Sachen derselben Art übertragen und nunmehr der Inhalt der lex specialis als die ganze Klasse umfassendes Recht festgestellt wird. Die Zwischenstufe in dieser Entwicklung bildet das Stadium, in welchem die Verleihung des Privilegs herkömmlicher Weise für alle derselben Kategorie angehörigen Personen oder Sachen erfolgt, aber der Inhalt desselben noch nicht zum jus singulare erhoben worden ist". Hinschius, Kirchenrecht, III, стр. 806.

оставить его рабомъ у неграмотнаго бѣлокожаго *Б*? Правительство, внимая общественному мнѣнію, издаетъ законъ: «негръ *А* отнынѣ считается свободнымъ человѣкомъ». Индивидуально-прогрессивная привилегія. — Черезъ годъ оказывается, что другой негръ (*В*) тоже выучился грамотѣ. Справедливость требуетъ освободить и его. Та же исторія повторяется затѣмъ съ десятками и сотнями новыхъ негровъ. По мѣрѣ накопленія прецедентовъ, является все болѣе и болѣе затруднительнымъ отказывать новымъ искателямъ въ освобожденіи: если освобождено уже 10.000 негровъ по титулу грамотности, то какъ отказать 10.001-му? Наступаетъ моментъ, когда государству приходится связать себя обѣщаніемъ: «отнынѣ всѣ грамотные негры будутъ освобождаемы отъ рабства». Въ этомъ фазисѣ мы будемъ имѣть двѣ параллельныя абстрактныя нормы: «грамотные негры свободны», «неграмотные негры — рабы». Прогрессъ совершается. Однако, мыслима и еще дальнѣйшая фаза развитія того же процесса: съ теченіемъ времени, всѣ негры становятся грамотными; старая абстрактная норма о рабствѣ негровъ перестаетъ дѣйствовать за отсутствіемъ неграмотныхъ негровъ; и вдругъ обнаруживается наличность исключительнаго случая, неграмотнаго негра Z. Въ этомъ случаѣ государство, изъ консервативныхъ тенденцій, можетъ объявить: «негръ Z объявляется рабомъ». Индивидуально-регрессивная привилегія [1]).

Теперь намъ станетъ яснымъ, почему фактически имѣется такъ мало симпатичныхъ привилегій: государственный организмъ, сложно-инертная масса, всегда проникнутъ консервативными тенденціями. Поэтому,

---

[1]) Для того, чтобы не быть обвиненнымъ въ сочиненіи фантастическихъ примѣровъ, сошлюсь на менѣе рельефный, но зато историческій фактъ. Въ началѣ среднихъ вѣковъ всякій гражданинъ могъ грабить жителей страны, находящейся въ войнѣ съ его родиною. Общій законъ. Затѣмъ общій грабежъ вышелъ изъ употребленія. Общій законъ. Но государства сохранили Каперскія свидѣтельства, личныя разрѣшенія на грабежъ. Регрессивная привилегія. Ср. Таубе, Исторія, II, стр. 251.

пріемы индивидуальнаго нормированія (одинаково годные и для виговъ, и для торіевъ) употребляются чаще для сохраненія умирающихъ жизненныхъ явленій, чѣмъ для обезпеченія правильнаго роста рождающихся эмбріоновъ. Сама же по себѣ привилегія нейтральна: она не тяготѣетъ ни къ консервативнымъ, ни къ прогрессивнымъ мѣрамъ.

§ 251. 2) Изъ того положенія, что индивидуализированное нормоустановленіе есть форма государственной дѣятельности равноправная съ нормоустановленіемъ посредствомъ законовъ,—вытекаетъ то важное слѣдствіе, что обѣ эти правительственныя функціи опредѣляются совершенно одинаковыми исходными точками зрѣнія. Это положеніе, слѣдовательно, опровергаетъ то довольно распространенное въ литературѣ мнѣніе, согласно коему привилегіи не «симпатичны», ибо въ основаніи ихъ лежитъ произволъ (Willkür), будто бы отсутствующій при изданіи законовъ.

Изданіе закона опредѣляется моментомъ цѣлесообразности; тѣмъ же самымъ моментомъ цѣлесообразности опредѣляется и изданіе всякой привилегіи. Слѣдовательно, будемъ ли мы стоять на естественноправной доктринѣ въ смыслѣ Новгородцева, или же на ученіи объ интуитивномъ правѣ Петражицкаго — мы признаемъ, что и законъ, и привилегія создаются тогда, когда государство сочтетъ нужнымъ установить данную норму. Я особенно подчеркиваю полноту аналогіи: заинтересованныя лица могутъ чрезвычайно сильно страдать отъ неизданія закона или привилегіи; неизданіе это можетъ быть разсматриваемо народнымъ правовоззрѣніемъ (въ обоихъ случаяхъ), какъ кричащая несправедливость,—но ни въ одномъ изъ случаевъ заинтересованныя лица не могутъ требовать, какъ права, отъ государства охраненія ихъ интересовъ. Никто нигдѣ никогда не имѣетъ права требовать, чтобы былъ изданъ данный законъ или данная привилегія. И если несмотря на эту полнѣйшую аналогію, — ненаучное мышленіе, всетаки, инстинктивно ставитъ обязанность издать за-

конъ выше обязанности издать привилегію, то это объясняется слѣдующимъ. Такъ какъ законъ есть абстрактное нормоустановленіе, то, значитъ, онъ издается только тогда, когда въ жизни имѣется (или предвидится) нѣкоторое значительное количество случаевъ одного и того же типа. Привилегія же именно потому и прибѣгаетъ къ индивидуализированной формѣ, что государство, признавая желательность нормировать данный случай, все-таки видитъ въ немъ нѣкоторую случайную комбинацію, не могущую имѣть многочисленныхъ аналогій.

Поэтому, по самому существу дѣла, законъ нормируетъ отношенія, которыя предполагаются (можетъ быть, ошибочно) болѣе частыми, чѣмъ тѣ, которыя не оказывается даже возможнымъ выразить въ типическихъ чертахъ. Отсюда слѣдствіе: закономъ нормируются повторяющіеся случаи, привилегіей—единичные; законъ нормируетъ то, что повторно и много разъ вопіетъ о своей беззащитности, а привилегія—то, что проходитъ какъ метеоръ и больше не повторяется; значитъ, неизданіе нужнаго закона свидѣтельствуетъ о гораздо большей не-чуткости правительства, чѣмъ неизданіе нужной привилегіи; первое, поэтому, больше возмущаетъ чувства человѣка. Только съ этой точки зрѣнія большаго или меньшаго отсутствія чуткости и можно научно объяснить, почему изданіе даннаго закона (а отнюдь не привилегіи) можетъ повлечь, напримѣръ, революціонныя сотрясенія государственнаго организма.

Можно, однако, пойти дальше и (гипотетически) сказать, что современное правосознаніе уже дошло до такой степени развитія, что оно представляетъ себѣ государство (юридически) обязаннымъ быть, въ извѣстной степени, чуткимъ нормоустановителемъ. Тогда можно было бы конструировать неизданіе даннаго закона, какъ нарушеніе (отнюдь не правъ заинтересованнаго въ немъ круга лицъ, а) права всѣхъ гражданъ требовать, чтобы законодатель

не былъ абсолютно-инертнымъ. Нужно признать, что съ этой (фантастической?) точки зрѣнія можно было бы доказывать, что обязанность быть чуткимъ не опускается ниже того уровня, гдѣ интересы становятся единичными и потому недопускающими приведенія къ типамъ. Съ этой точки зрѣнія, значитъ, можно было бы говорить о существованіи нѣкотораго юридическаго различія между закономъ, издаваемымъ во исполненіе обязанности быть чуткимъ, и привилегіей, доказывающей чуткость болѣе утонченную, чѣмъ сколько требуетъ отъ государства возложенная на него обязанность.

Но пока нельзя серьезно говорить о существованіи права гражданъ требовать, чтобы законодатель былъ отзывчивымъ, — до тѣхъ поръ нельзя говорить о юридическомъ различіи закона и привилегіи, какъ формъ нормоустановленія.

Изложенное освобождаетъ меня, какъ указано выше, отъ необходимости спеціально полемизировать противъ тѣхъ авторовъ, которые видятъ въ привилегіяхъ результатъ чистаго произвола (Willkür). Несомнѣнно, что на практикѣ произволъ легче выливается въ форму конкретизированнаго, чѣмъ абстрактнаго нормоустановленія. Напримѣръ. Представимъ себѣ, что какой-нибудь средневѣковый король желалъ бы облагодѣтельствовать даннаго своего фаворита. Никто не могъ бы помѣшать ему сдѣлать это въ формѣ абстрактной нормы, напр. сказавъ: всякій человѣкъ, не старше его лѣтъ, какого бы онъ ни былъ происхожденія, если онъ получитъ философское образованіе въ Саламанкскомъ университетѣ, если онъ женатъ и имѣетъ 3-хъ сыновей и 2-хъ дочерей, если онъ ѣздилъ дважды за море съ государственными порученіями и т. д. (т.-е. подобрать рядъ типическихъ признаковъ, въ совокупности своей имѣющихся только у фаворита) — всякій такой человѣкъ будетъ получать изъ казны по 1 милл. талеровъ въ годъ. Результатъ получится такой же, какъ если бы король издалъ привилегію: выдавать герцогу X. по

1 милл. талеровъ въ годъ. Но законодательный путь былъ бы менѣе удобенъ потому, что онъ соединялся бы съ опасностью: а вдругъ да окажется и еще кто-нибудь, удовлетворяющій тѣмъ же условіямъ?

Итакъ, произволу удобнѣе прибѣгать къ конкретизированному нормоустановленію. Но изъ того, что данною государственною функціею легче злоупотреблять, чѣмъ какою нибудь иною,—никакихъ юридическихъ выводовъ сдѣлать нельзя. Это обстоятельство можетъ повліять только на наши симпатіи и антипатіи.

§ 252. Итакъ, привилегіею мы называемъ индивидуализированно-установленную норму [1]) (слѣдовательно, въ привилегіи совпадаютъ [2]) объективное и субъективное права).

Съ принципіальной точки зрѣнія привилегіи являются нормоустановленіемъ совершенно аналогичнымъ съ законодательствомъ (см. § 251). Поэтому, принципіально, право выдавать привилегіи принадлежитъ только верховной законодательной власти. «Exceptiones a jure communi quum privilegia constituant — говоритъ Wasmuth [3]) — eosque non nisi is, cui est potestas legatoria facere possit». Поэтому: «Status imperii ex jure supremae territorialis potestatis capitulationibus et Pace

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ: v. Gerber, „Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate", въ Juristische Abhandlungen. 1879, стр. 470 и сл.: „Durch das Privilegium wird von der Staatsgewalt für ein individuell bestimmtes Subject eine Befugniss unmittelbar begründet". Если разобраться въ томъ громоздкомъ опредѣленіи, которое даетъ P. Hinschius (System des katholischen Kirchenrechts, Berlin, 1883, III, стр. 805), то мы найдемъ тотъ же основной признакъ: „Unter Privilegium im engeren Sinne versteht man eine besondere, von dem gemeinen Recht abweichende Rechtsnorm, welche nur für eine Person oder eine Sache oder auch eine Mehrheit Solcher, aber nicht ausnahmlos für alle gleicher Art gegeben wird". Очевидно, что норма, которая издана для одного или нѣсколькихъ, но не всѣхъ того же рода лицъ, можетъ быть конструирована не иначе, какъ конкретно.

[2]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 302: „Das entscheidende Begriffsmerkmal des eigentlichen Privilegs liegt darin, dass hier Rechtsatz und Rechtsverhältniss sich decken. Darum wird auch der Name „Privileg" sowohl im objectivrechtlichen wie im subjectivrechtlichen Sinne gebraucht".

[3]) Loc. cit., стр. 7.

Westphalica confirmatae sicut leges universales in suis regionibus ferunt... ita privilegia quoque concendendi et eorumdem fines declarandi atque determinandi muniti sunt potestate [1])».

Еслибы всѣ привилегіи выдавались только законодателемъ, то было бы очень легко отличать ихъ отъ другихъ государственныхъ актовъ: волензъявленіе законодателя, касающееся индивидуально опредѣленнаго субъекта легко отличалось бы отъ законовъ.

Практическія затрудненія вытекаютъ изъ того обстоятельства, что право создавать привилегіи иногда делегируется органамъ подчиненнаго управленія: «Quemadmodum magistratui subalterno ius statuendi competit, ita quoque eidem certas personas, posita tamen justa causa, ab obligatione statuti eximendi jus haud denegandum... Nonnunquam accidit, ut speciali concessione autoritas detur, in causis in adeo gravibus privilegia concendendi [2])».

Отличить законъ отъ привилегіи (см. выше) легко уже потому, что онѣ обращаются къ разнаго рода субъектамъ. Но какъ отличить привилегію, исходящую отъ органа подчиненнаго управленія,—отъ актовъ управленія или отъ актовъ примѣненія права? Вѣдь судебное рѣшеніе или административное распоряженіе также индивидуальны. Слѣдовательно, индивидуализированность правоустановленія не даетъ, въ этомъ случаѣ, необходимаго критерія; этотъ послѣдній необходимо установить въ какомъ-нибудь другомъ видѣ.

O. Gierke утверждаетъ, что критеріума для точнаго разграниченія привилегій, установляемыхъ по делегаціи органами подчиненнаго управленія, съ одной сто-

[1]) Ibid., стр. 12.—Въ конституціонныхъ государствахъ можетъ возникнуть вопросъ о томъ, необходимо ли, для изданія привилегіи, согласіе народнаго представительства; ср. v. Gerber, loc. cit., стр. 485; у насъ, конечно, подобныя затрудненія возникать не могутъ.

[2]) Wasmuth, loc. cit., стр. 17.—Gierke, loc. cit., стр. 304: „Auch wird nicht selten durch ein Gesetz... die Verwaltungsbehörde ausdrücklich zur Verleihung gewisser Privilegien ermächtigt".

роны, и актовъ подчиненнаго управленія — съ другой, установить невозможно [1]). Дальнѣйшее изложеніе должно показать ошибочность этого взгляда.

§ 253. Итакъ, намъ необходимо установить критеріумъ, пользуясь коимъ можно было бы отличать привилегіи, издаваемыя органами подчиненнаго управленія отъ всѣхъ остальныхъ административныхъ и судебныхъ актовъ.

Еще разъ изображу, въ конкретной формѣ, въ чемъ заключается практическая трудность. Если данному органу предписано въ извѣстныхъ случаяхъ гарантировать права данныхъ лицъ, то эту делегацію можно толковать двояко.

1) Какъ предписаніе разсматривать наличность данныхъ законныхъ условій и официально констатировать ихъ существованіе [2]) (Prüfungsrecht). Въ патентномъ правѣ лучшимъ примѣромъ можетъ служить выдача охранительнаго свидѣтельства: если требованія ст. 5 и 6 исполнены, то изобрѣтатель получаетъ временную защиту (см. § 135); притомъ, если требованія эти исполнены, то онъ можетъ требовать выдачи свидѣтельства и заставить Комитетъ выдать ему таковое; государство предоставляетъ изобрѣтателю въ этомъ направленіи всѣ мыслимые способы понужденія. Слѣдовательно, Комитетъ, въ этомъ случаѣ, только примѣняетъ законъ, констатируя, что конкретное прошеніе конкретнаго изобрѣтателя удовлетворяетъ тѣмъ абстрактнымъ условіямъ возникновенія права, которыя установлены въ законѣ.

. . . . . .

[1]) „Die Grenze ist freilich flüssig, zumal im Laufe der Zeit die Auffassung oft gewechselt hat; vgl. z. B. über die landesherrliche Ertheilung von Korporationsrechten, die einst als Privileg erschien, heute nicht mehr als solches gelten kann, Gierke, Genossensch., S. 115—120". Ibidem., стр. 305, прим. 9.— Изъ того, что граница мѣнялась, не вытекаетъ еще, чтобы не было возможно установить критеріума для ея выясненія въ каждый данный историческій моментъ.

[2]) См. Gerber, „Ueber Privilegiensnhoheit und Dispensat ongewalt im modernen Staate", въ Jurist. Abhandlungen, II, Jena, 1872, стр. 470 -490 и въ особенности 479—480.

2) Но та же делегація имѣетъ иногда и болѣе широкій смыслъ. Государство можетъ указать данному органу minimum условій, при которыхъ можетъ быть утверждено за конкретнымъ лицомъ конкретное право,— не обязывая данный органъ дѣйствовать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда этотъ minimum имѣется налицо. Въ этомъ случаѣ, подчиненный органъ нарушилъ бы свои государственно-правовыя обязанности, если бы онъ утвердилъ данное право при наличности не всѣхъ тѣхъ условій, которыя перечислены указаннымъ minimum'омъ. Но тотъ же органъ не нарушитъ правъ индивида, если откажетъ ему въ защитѣ, ссылаясь на отсутствіе нѣкоторыхъ дополнительныхъ, сверхъ minimum'а, условій.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что искомый критеріумъ заключается именно въ характерѣ комплекса тѣхъ условій, наличностью коихъ законодатель опредѣляетъ объемъ делегаціи. Этотъ комплексъ можетъ содержать или ограничительное или не-ограничительное перечисленіе условій. Напримѣръ, норму: «подчиненный органъ гарантируетъ лицу данное правомочіе при наличности условій A, B, C и D» — можно понимать двояко: или въ томъ смыслѣ, что при наличности условій A — D органъ долженъ утвердить правомочіе, или же въ томъ, что онъ можетъ это сдѣлать. Въ первомъ случаѣ перечисленіе является ограничительнымъ, и выданное правомочіе является лишь конкретизаціей общихъ посылокъ закона. Во второмъ же случаѣ, ничто не мѣшаетъ органу, удостовѣрившись въ наличности условій A—D, требовать отъ субъекта исполненія еще и нѣкоторыхъ добавочныхъ условій: четыре признака A—D мыслятся только какъ minimum предпосылокъ [1]).

[1]) Весьма интересное и поучительное изслѣдованіе понятія привилегіи у I. Pfaff und Fr. Hofmann, Commentar zum österreichischen allg. bürg. Gesetzbuche, Band I, Abth. 2, Wien, 1882, стр. 297—352, — по данному основному вопросу, мнѣ, кажется, стоитъ не на высотѣ задачи. Авторы говорятъ (стр. 303, пр. 56): „Freiheit oder Unfreiheit des Ermessens der verleihenden Behörde kann nichts daran ändern, dass das verliehene Recht ein

Это приводитъ насъ къ слѣдующему окончательному выводу: если подчиненный органъ, выдавая данное правомочіе, можетъ, не нарушая своихъ обязанностей, требовать отъ «просителя» исполненія нѣкоторыхъ условій, не утверждая, что эти условія подходятъ подъ какую-либо изъ абстрактныхъ категорій, установленныхъ закономъ,—то выданное правомочіе есть привилегія. Если же, наоборотъ, подчиненный органъ, дабы не нарушить смысла закона, обязанъ утверждать, что онъ требуетъ исполненія конкретнаго условія только потому, что, по его мнѣнію (свободному усмотрѣнію), это условіе есть конкретизація данной абстрактной формулы закона — то выданное право не есть привилегія, а лишь результатъ примѣненія общаго закона [1]).

ertheiltes ist, dass ihr Ausspruch trotzdem ein constitutiver ist". Авторы не даютъ критерія, когда надо считать данное право als ein unmittelbar ertheiltes,—и что такое constitutiver Ausspruch.—Та же ошибка у Dernburg'a, I, стр. 197: „. . . Privilegien, d. h. Staatsakte, welche unmittelbar Rechte im subjectiven Sinne begründen". Результатъ подмѣченъ вѣрно. Но критерія не дано: не сказано, когда можно принять, что „Staatsakt ein unmittelbares (?) Recht begründet".—Въ другомъ мѣстѣ Pfaff говоритъ: „Die wirkliche Verleihung ist aber darum doch nicht weniger Privileg, da erst durch sie, nicht schon durch das Vorhandensein jenes Thatbestandes, die wirkliche Normirung des concreten Rechtsverhältnisses erfolgt, so wahr es auch ist, dass hier die Verleihung des Privileg nur ein Mittel der Ausführung eines allgemeinen Gesetzes ist" (стр. 308). Опять-таки не объяснено, что такое Verleihung, и какъ ее отличить (тотъ же терминъ, безъ разъясненія, у Beseler, op. cit., стр. 179).

Въ подтвержденіе правильности приведеннаго въ текстѣ критерія, приведу примѣръ С. Штатовъ. Общій законъ устанавливаетъ, при какихъ условіяхъ Patent office долженъ выдать патентъ (оставляя Commissioner'у свободу толкованія вопросовъ о томъ, имѣются ли налицо эти условія). Однако, конгрессъ имѣетъ право выдать патентъ и внѣ этихъ условій (Robinson, § 47): но въ этомъ случаѣ онъ могъ бы требовать отъ просителя какихъ угодно условій (пошлины, срокъ и т. д.). Это была бы истинная привилегія!

[1]) Довольно близко приближается къ этому критеріуму R. Piloty, „Der Anspruch des Erfinders auf Patent", въ Hirth's Annalen, 1897, стр. 415—416. Онъ говоритъ: „Zwei Wege sind möglich... Das Gesetz kann entweder sich darauf beschränken, der Patentbehörde es zur Amtspflicht zu machen, dass sie Patente nur an näher gekennzeichnete Personen ertheile, oder es kann diesen Personen den Anspruch auf Ertheilung der Patente geben... Der

Изъ этого критеріума вытекаютъ, между прочимъ, два интересныхъ вывода. А именно, во-первыхъ: нѣкоторые ученые (Brinz, Harum) утверждаютъ, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда подчиненному органу предоставляется нѣкоторая доля «свободнаго усмотрѣнія»—мы можемъ говорить только о привилегіяхъ. Указанный критеріумъ дозволяетъ мнѣ очень наглядно выяснить ошибочность такого взгляда. «Свободное усмотрѣніе», само по себѣ, не даетъ никакой объективной мѣрки для разбираемаго вопроса. Дѣло въ томъ, что это свободное усмотрѣніе можетъ быть мыслимо въ двухъ діаметрально-противоположныхъ функціяхъ. Съ одной стороны, всякая конкретизація абстрактной нормы требуетъ свободнаго усмотрѣнія, свободнаго творчества [1]); съ другой стороны то же свободное усмотрѣніе можетъ быть направлено на выработку дополнительныхъ условій, параллельно съ

Unterschied zwischen den beiden Methoden ist nicht schwer festzustellen... In beiden Fällen ist die Behörde gleichmässig verpflichtet das Patent derjenigen Person zu geben, welche die gesetzliche Voraussetzungen der Ertheilung erfüllt, und dasselbe allen derjenigen Personen zu verweigern, welche dies nicht oder nicht vollständig thun. Jedoch hat das Gesetz einen Anspruch auf Ertheilung dann nicht gegeben, wenn die Versagung aus Gründen erfolgen darf, die zu beseitigen, nicht in der Macht des Bewerbers liegt [? внезапное уклоненіе отъ правильнаго хода мысли, не оказывающее, впрочемъ вліянія на дальнѣйшее развитіе аргументаціи]... Sind die Gründe, aus denen versagt werden darf, im Gesetze zum Theil, aber nicht ausschliesslich angegeben, so muss die Behörde aus den gesetzlichen Gründen das Patent verweigern, aber sie muss dasselbe noch nicht ertheilen, wenn keiner dieser Gründe vorliegt. Die Versagung ist nur Amtspflicht [?—Nur die Versagung ist Amtpflicht?]... Ein Anspruch auf Patent besteht nicht...“ (стр. 415). „Ein Anspruch ist dagegen dem Einzelnen gegeben, wenn das Gesetz die Ertheilung anordnet, die Versagungsgründe ausschliessend anführt und kein Vorbehalt für behördliches Ermessen enthält (стр. 416)“. Приведенныя разсужденія Piloty были бы безупречными, если бы авторъ не допустилъ двухъ ошибокъ: 1) неправильно утвержденіе, что при наличности Anspruch'а всякая возможность проявленія свободнаго усмотрѣнія (behördliches Ermessen) исчезаетъ—ср. выше, стр. 331. 2) ошибку составляетъ также смѣшеніе понятій привилегіи и legis generalis—съ понятіемъ личнаго субъективнаго права даннаго интересента; институтъ можетъ быть регулированъ общимъ закономъ—и не гарантировать, несмотря на это, никакого субъективнаго права, см. ниже, § 257.

[1]) Гредескулъ, passim; Ср. томъ I, стр. 49—50.

абстракціями закона. Отсюда вытекаетъ, что ссылка на свободное усмотрѣніе ничего не рѣшаетъ въ данной контроверзѣ. Рѣшается она только вышеуказаннымъ закономъ minimum'а абстрактныхъ условій.

Во-вторыхъ, тотъ же законъ minimum'а абстрактныхъ условій позволяетъ мнѣ очень просто объяснить, почему привилегіи, выданныя подчиненными органами—не въ примѣръ всѣмъ остальнымъ ихъ актамъ—не подлежатъ судебной повѣркѣ (§ 210). Судъ не творитъ права, а занимается только конкретизаціей абстрактныхъ велѣній закона. Слѣдовательно, судъ можетъ провѣрить дѣйствія органа администраціи только до тѣхъ поръ, пока тотъ конкретизуетъ. Если же органъ можетъ выдать или не выдать привилегію, ставя дополнительныя требованія, то судъ долженъ быть отстраненъ отъ повѣрки: вопросъ выходитъ изъ области права и переносится въ ту область цѣлесообразности, гдѣ судъ совершенно некомпетентенъ.

§ 254. Съ точки зрѣнія только-что изображеннаго критерія мнѣ и надлежитъ теперь разсмотрѣть, не по ошибкѣ ли [1]) употребляетъ наше Положеніе 1896 г. терминъ привилегія на изобрѣтеніе.

---

[1]) Ошибочное употребленіе этого термина чрезвычайно развито. Можно даже сказать, что нѣтъ въ юриспруденціи двухъ терминовъ, которые бы употреблялись въ столь различныхъ значеніяхъ, какъ знаменитый Anspruch, съ одной стороны, и „привилегія“ — съ другой. Приведу нѣсколько примѣровъ изъ тысячи.

1. Особенно часто употребляется терминъ „привилегія“ въ смыслѣ: реактивная мѣра, дурная мѣра, несправедливая, благодаря своей исключительности, мѣра. Напр.: „On vit tomber en pièces l'édifice de la réaction et du privilège réstauré par le roi et sa camarille depuis 1814“, Debidour, Histoire, I, стр. 143.—Или: „Un clergé fort riche, doté de privilèges et d'attributions, inconciliables avec les droits d'un gouvernement civil bien organisé“ (ibid., II, стр. 232).—Въ этомъ же смыслѣ, ср. Codigo Civil Argentino, ст. 13: „Las leyes extranjeros no serán aplicables: . . . 3) Cuando fueren de mero privilegio“. Удивительный примѣръ contradictionis in adjectis!—Это словоупотребленіе находится, очевидно, въ связи съ укоренившимися антипатіями къ самому термину (ср. § 251).

2. Такъ какъ привилегія всегда индивидуальна, то она покрываетъ меньшее количество субъектовъ, чѣмъ законъ. Поэтому, обыкновенно привилегія создаетъ нѣкоторое особенное положеніе, болѣе рѣзко бросаю-

Итакъ. Предполагалъ ли законодатель, издавая это Положеніе, что онъ устанавливаетъ лишь minimum тѣхъ требованій, которыя могутъ быть предъявлены изобрѣтателю,—или же понималъ онъ постановленія этого акта какъ точное и исчерпывающее перечисленіе тѣхъ условій, при которыхъ Комитетъ можетъ и обязанъ выдавать привилегіи?—Отвѣтъ на такой вопросъ можетъ быть данъ безъ всякихъ колебаній: законодателю не приходило въ помыслы, что Комитетъ будетъ ставить изобрѣтателямъ такія требованія, которыхъ нѣтъ въ законѣ,—или что онъ будетъ отказывать (что̀ равносильно) въ выдачѣ привилегій, несмотря на наличность всѣхъ перечисленныхъ закономъ условій. Наше Положеніе не составляетъ аналогіи статуту о монополіяхъ 1623 г.: я указалъ выше (§ 25), что этотъ статутъ лишалъ короля права выдавать привилегіи, если изобрѣтеніе не было ново, полезно, и т. д.; но статутъ

щееся въ глаза (въ силу своей единичности), чѣмъ тѣ особенныя положенія, которыя создаются законами. Отсюда: словоупотребленіе „привилегія=особенное положеніе“ (впѣ вопросовъ генезиса).—Ср.: Бюро для привилегированныхъ турецкихъ областей.—Ср. Nippold, Vertrag, стр. 8: Война есть „ein nothwendiges Uebel, dem durch die Art und Weise seiner Führung... eine gewisse rechtliche (!) Privilegirung zukommt gegenüber solchem Zwang etc.“—„Diese Excesse . . . dürfen nicht des Privilegs der politischen Delicte theilhaft werden“ (Lammasch, Auslieferungspflicht etc., стр. 301).—„Привилегіями и преимуществами, дарованными россійскимъ подданнымъ, должны пользоваться также Драгоманы“ (Торг. трактатъ 1783 г., ст. LI);—„Мѣры для защиты сихъ льготъ и привилегій . . .“ (Балта-Лиманская конв. 1849 г., вступленіе; ср. Фридрихсгамскій договоръ 1809 г., ст. VI). Особенно типично: „Privilèges découlant des lois de la guerre . . .“ (C. Wiesse, Le droit international appliqué aux guerres civiles, стр. 3), и Lammasch, въ Holtz. Handb., III, 484: „. . . eine nach § 216 des R. St. G. B. privilegirte Tödtung eines Einwilligenden . . .“—Ср. Lizt, Völkerrecht etc., стр. 116;—Heilborn, System etc., стр. 180.

3. Не рѣдко также употребленіе „привилегіи“ въ смыслѣ: права, созданнаго по особому благоволенію къ данному лицу. Я указывалъ выше (§ 251), что личное благоволеніе легче осуществляется въ формѣ конкретизированнаго правоустановленія и что въ привилегіи можетъ особенно удобно проявляться чуткость законодателя; но это отнюдь не значитъ, что всякая привилегія свидѣтельствуетъ о чуткости или о милости (Gnade) къ данному лицу (h. s. Pfaff, etc., стр. 306). Особенно часто прилагается понятіе привилегіи въ этомъ смыслѣ къ турецкимъ капитуляціямъ. Ср. Lippmann, Konsularjurisdiction etc., passim.

отнюдь не обязывалъ короля выдавать привилегіи на всѣ изобрѣтенія, удовлетворяющія перечисленнымъ условіямъ; въ Англіи, теоретически, король до сихъ сихъ поръ можетъ отказать въ выдачѣ всякой привилегіи, безъ объясненія причинъ; наше же Положеніе отнюдь не есть совокупность условій, когда Комитетъ можетъ, а, наоборотъ, когда онъ долженъ выдать патентъ.

Статья 13 гласитъ: «На обязанности Комитета лежитъ, не входя въ обсужденіе вопросовъ о пользѣ или выгодѣ изобрѣтенія или усовершенствованія, или о принадлежности его просителю, опредѣлить, удовлетворяетъ ли прошеніе и самое изобрѣтеніе или усовершенствованіе требованіямъ, постановленнымъ въ ст. 3—6.»

А статья 14-ая добавляетъ: «Опредѣленіе отдѣла объявляется просителю съ изложеніемъ причинъ отказа или сдѣланныхъ измѣненій и ограниченій».

Подчеркнутые два конца въ этихъ статьяхъ доказываютъ, что русская привилегія не есть привилегія въ техническомъ смыслѣ: 1) Комитетъ выдаетъ ихъ на основаніи ограничительно перечисленныхъ въ законѣ условій («ст. 3—6»), и 2) онъ долженъ «мотивировать» отказы, т.-е. подводить конкретныя обстоятельства каждаго прошенія—подъ абстрактныя категоріи статей 3—6.

Вообще, обязательство «мотивировать» отказъ (или выдачу) есть отличительный признакъ подзаконной дѣятельности. Только судья обязанъ мотивировать, отчего онъ отказываетъ данному субъекту въ защитѣ: отнюдь не законодатель. Требовать мотивировки отказовъ въ выдачѣ истинныхъ привилегій (и законовъ) было бы просто безцѣльно; вся мотивировка могла бы сводиться къ двумъ словамъ: «нахожу нецѣлесообразнымъ».

Этого Комитетъ въ своихъ мотивировкахъ сказать не имѣетъ права.

Значитъ, изобрѣтатели защищены въ Россіи

общимъ закономъ, а не привилегіями, выдаваемыми, будто бы, въ предѣлахъ законной делегаціи.

Въ подтвержденіе правильности этого чрезвычайно важнаго тезиса позволю себѣ сослаться на подготовительно-законодательныя работы. Я указывалъ уже въ исторической части моей работы (§ 50), что привилегіи перестали быть въ Россіи привилегіями много раньше изданія Положенія 1896 года, а именно въ моментъ изданія закона 1870 года; обращаясь къ мотивамъ [1]) этого законодательнаго памятника, мы находимъ слѣдующее.

При обсужденіи вопроса о томъ, можно ли разрѣшить выдачу привилегій не законодательнымъ путемъ (Высочайшею властью), а просто «административнымъ порядкомъ» (за подписью министра),—во II отдѣленіи Собственной Его Величества Канцеляріи произошло любопытнѣйшее разногласіе о возможности или невозможности согласовать такой порядокъ со ст. 71 осн. законовъ.

«Въ одномъ изъ сихъ (двухъ) мнѣній принято въ основаніе обще-юридическое воззрѣніе на привилегіи, по коему онѣ представляются непосредственными изъявленіями воли верховной власти. Вслѣдствіе этого начала, дарованіе исключительнаго права на пользованіе изобрѣтеніями въ области промышленности (patents, brevets d'invention, Patente) совершается и въ иностранныхъ государствахъ или по повелѣнію верховной власти, или, по крайней мѣрѣ, съ ея санкціей и съ ея вѣдома, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда самая выдача такихъ привилегій представляется подлежащимъ министерствамъ».

«Если-бъ даже смотрѣть на привилегіи, какъ на мѣры высшей промышленной полиціи въ видахъ Государственной пользы, по болѣе или менѣе принятой въ настоящее время теоріи,—то слѣдуетъ во всякомъ случаѣ имѣть въ виду: во-1), что привилегіею у насъ, по

[1]) Дѣло Архива Государственнаго Совѣта, 1870 года, № 70.

закону (ст. 125 и 126 Уст. пром. фабр.), даруется право собственности съ исключительнымъ правомъ пользованія и что, слѣдовательно, для пользы общей, стѣсняется ею въ продолженіе положеннаго срока свобода промышленности всѣхъ гражданъ въ государствѣ; во-2) что нарушеніе дарованной привилегіи запрещено у насъ подъ страхомъ взысканія (тамъ же, ст. 130, и ст. 1353 Улож. о наказ., изд. 1866 г.), по значительности своей далеко превышающаго то взысканіе, которое налагается за неисполненіе распоряженій правительственныхъ властей (ст. 29 Уст. о Нак., налаг. мир. суд.); наконецъ, въ 3) что по основному государственному закону (ст. 71 Основн. закон.) привилегіи, данныя частнымъ лицамъ, изъемлютъ сихъ послѣднихъ отъ дѣйствія общихъ законовъ тогда только, когда онѣ дарованы имъ верховною Самодержавною властію».

«...Изъ сего слѣдуетъ, между прочимъ, и то, что пока у насъ привилегіи на изобрѣтенія носятъ по закону названіе привилегій и даруются Верховною Самодержавною властію, нѣтъ основанія предполагать, что на нихъ не распространяется сила статьи 71-й Основныхъ законовъ, которая такимъ образомъ должна будетъ подвергнуться измѣненію, если привилегіи на изобрѣтенія (даже и съ перемѣною ихъ названія) признано будетъ возможнымъ разрѣшить выдавать административнымъ порядкомъ».

Такимъ образомъ, приведенное «мнѣніе» становилось всецѣло на точку зрѣнія привилегій въ техническомъ смыслѣ — и послѣдовательно требовало введенія въ текстъ статьи 71-й Основн. законовъ оговорки, что «выдача привилегій на новыя открытія и изобрѣтенія производится порядкомъ, въ Уст. Пром. фабр. (Св. Зак. Т. XI, ч. 2) указаннымъ».

Второе мнѣніе, высказанное въ Канцеляріи, склонилось на точку зрѣнія права, гарантированнаго общимъ закономъ и удовлетворяемаго привилегіей-свидѣтельствомъ. Въ виду нѣкоторой необычности,

представляемой видомъ официальной бумаги, обсуждающей абстрактные теоретическіе вопросы и притомъ дѣлающей это умѣло и очень кстати,—я не откажу себѣ въ удовольствіи процитировать это «мнѣніе» довольно подробно.

Послѣ весьма умѣстнаго напоминанія, что и авторское право началось въ видѣ привилегій, а потомъ стало защищаться закономъ, «мнѣніе» продолжаетъ:

«Обращаясь къ дѣйствующимъ у насъ постановленіямъ, можно кажется безошибочно сказать, что признанное ими право собственности на изобрѣтеніе по части промышленности не создается правительственнымъ актомъ, называемымъ у насъ не совсѣмъ точно привилегіею, а основывается на статьѣ 125-й Уст. пром. фабр., по силѣ которой всякое изобрѣтеніе какого-либо общеполезнаго предмета или способа производства въ искусствахъ, мануфактурахъ и ремеслахъ есть собственность изобрѣтателя, который, разумѣется, можетъ, по своему усмотрѣнію, воспользоваться такимъ правомъ на основаніи дѣйствующихъ по сему предмету законовъ, или же имъ не пользоваться. Въ первомъ случаѣ, изобрѣтателю предоставлено испросить себѣ, для обезпеченія своихъ правъ (какъ сказано въ концѣ приведенной статьи 125-й), отъ правительства исключительную привилегію. Но эта, такъ называемая, привилегія есть, на точномъ основаніи послѣдующей статьи 126-й, не что иное какъ актъ, свидѣтельствующій, что описанное въ оном изобрѣтеніе было въ свое время предъявлено правительству. Если въ сей же статьѣ сказано, что этотъ актъ предоставляетъ такому лицу исключительное право пользоваться сдѣланнымъ изобрѣтеніемъ въ продолженіе назначеннаго времени, какъ своею собственностью,—то такимъ предоставленіемъ ни въ чемъ не измѣняется сущность самаго акта, однороднаго со всякимъ другимъ актомъ, свидѣтельствующимъ о какой-либо иной собственности, съ тѣмъ лишь различіемъ, что въ свидѣтельствѣ объ изобрѣтеніи ограничивается время пользованія собственностью и (по силѣ п. 7 ст. 149) пред-

варяется, что правительство, выдавая актъ, не принимаетъ на себя ручательства въ точной принадлежности изобрѣтенія. Вслѣдствіе сего постановлено положительно въ статьѣ 128-й, что такая привилегія, выданная правительствомъ, не лишаетъ никого права доказывать судомъ, что поименованное въ оной изобрѣтеніе принадлежитъ ему и уже введено до выдачи сей привилегіи, сила которой можетъ засимъ быть уничтожена подлежащимъ окружнымъ судомъ. Въ слѣдующей статьѣ 158-й исчисляется даже цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ сила такъ называемыхъ привилегій прекращается, хотя срокъ имъ еще не истекъ».

«Въ виду сихъ дѣйствующихъ у насъ въ настоящее время правилъ, невозможно, кажется, признавать за этими привилегіями на изобрѣтенія особую важность, принадлежащую по необходимости привилегіямъ, которыя указаны въ статьѣ 71-й основныхъ законовъ и которыя могутъ исходить отъ одной только Высочайшей власти. Актъ, свидѣтельствующій только о томъ, что описанное въ немъ изобрѣтеніе было предъявлено въ свое время правительству и что вслѣдствіе сего просителю предоставлено на извѣстный срокъ исключительное право имъ пользоваться, — ни въ какомъ отношеніи не имѣетъ характера дѣла законодательнаго, и посему этотъ актъ можетъ быть выданъ непосредственно тою административною властію, вѣдомству коей по закону должны быть предъявлены изобрѣтенія».

Второе мнѣніе одержало верхъ. Съ 1870 года, значитъ, въ Россіи даже офиціально признана не привилегіонная, а правовая конструкція.

Общій результатъ моихъ генетическихъ изслѣдованій сводится, значитъ, къ слѣдующему.

Въ виду (указаннаго выше, § 247) значенія изобрѣтеній, они защищаются въ Россіи, въ настоящее время, обще-гражданскими нормами, а не конкретными привилегіями [1]).

[1]) Еще Krauss писалъ въ 1838 году: „Die Alleinrechte um welche es sich handelt werden blos im uneigentlichen Sinne Privilegien genannt. Diese

III.

§ 255. Переходя къ статикѣ и начиная со статики перваго порядка (т.-е. съ выясненія основныхъ элементовъ патентнаго отношенія), прежде всего, отмѣчу, что по этому пункту, еще больше чѣмъ по первымъ двумъ, мнѣ придется отсылать къ самому содержанію моей догматической работы. Всѣ главы второй и третьей книгъ расположены у меня именно въ конструкціонномъ порядкѣ: субъектъ, объектъ, содержаніе и т. д.

Мнѣ остается, поэтому, подчеркнуть здѣсь лишь три вопроса. Первымъ изъ нихъ я поставлю контроверзу о двойственномъ юридическомъ характерѣ того, что мы называемъ патентнымъ правомъ. А именно это «право» представляетъ, по моему мнѣнію, не одно, а цѣлыхъ два юридическихъ отношенія.

Этимъ утвержденіемъ я сразу становлюсь вразрѣзъ съ мнѣніемъ наиболѣе выдающихся корифеевъ патентнаго права. Ярымъ противникомъ указаннаго двоенія является, прежде всего, Kohler. Онъ говоритъ: «совершенно неправильно считать, что изобрѣтатель имѣетъ какое-то право на полученіе патента, что онъ стоитъ въ какомъ-то публично-правовомъ отношеніи къ Патентамту [1])... Право, принадлежащее изобрѣтателю, должно быть конструируемо совсѣмъ иначе: съ головы и до пятъ, это право является гражданскимъ правомъ, только гражданскимъ правомъ [2])».

Посмотримъ, какъ доказываетъ Kohler свое положеніе. Право изобрѣтателя распадается—говоритъ онъ [3])—

Alleinrechte sind im Geiste der Gesetzgebung nicht Ausnahmen vom gemeinen Recht [ср. стр. 319] . . . welche etwa blos aus Gunst, Gnade und Willkür verliehen [ср. стр. 323] oder auch nach Gefallen [вѣрно!, ср. стр. 330] verweigert werden können". Цит. у Pfaff, op. cit., стр. 419.— Ср. Weinling (въ Archiv Rau, 1843, стр. 248): „Sie [патенты] sind es [привилегія] nicht, oder vielmehr sie sollen, wo sie es in Folge ihrer historischer Entwickelung noch sind, aufhören, Privilegien zu sein".

[1]) Handbuch, стр. 246.

[2]) Handbuch, стр. 249.

[3]) Handbuch, стр. 249.

на Immaterialrecht и на Individualrecht; оба существуютъ до выдачи патента. Что касается послѣдняго, то оно заключается въ правѣ всякаго лица требовать, чтобы сохраняемыя имъ въ секретѣ данныя не были развѣдываемы и разглашаемы третьими лицами. Поэтому, «индивидуальное право» дозволяетъ обиженному требовать, чтобы обидчикъ: 1) возвратилъ ему похищенный секретъ [1]); 2) не пользовался похищеннымъ секретомъ въ ущербъ обиженному; 3) не разглашалъ похищеннаго секрета; 4) не заявлялъ похищеннаго секрета къ патентированію, и 5) возмѣстилъ убытокъ [2]).

Насколько «индивидуальное» право въ указанномъ объемѣ можетъ быть, дѣйствительно, предметомъ судебнаго спора (въ особенности, у насъ въ Россіи), — можетъ быть оставлено здѣсь безъ разсмотрѣнія. Несомнѣнно, что требованіе возврата секрета (да еще actio in rem!) является совершеннѣйшимъ non sens'омъ—и что оно можетъ, въ крайнемъ случаѣ, свестись къ требованію возвратить тотъ матеріальный субстратъ, въ коемъ воплотился во внѣ данный секретъ (два весьма разныхъ требованія, конечно!). Остальные Anspruch'и, можетъ быть, были бы мыслимы. Сущность дѣла заключается, однако, вовсе не въ томъ: пусть держатель секрета имѣетъ «индивидуальное» право не быть обезпокоеннымъ въ подобномъ своемъ держаніи; несомнѣнная ошибка Kohler'a заключается въ томъ, что онъ это право на неприкосновенность секрета связываетъ съ актомъ изобрѣтенія. На дѣлѣ же оказывается, что секретъ, подлежащій защитѣ, можетъ не быть изобрѣтеніемъ (напр., списокъ выгодныхъ клiентовъ у комми-вояжера), или быть чужимъ изобрѣтеніемъ или даже общеизвѣстною вещью *). Часть этихъ положеній

---

[1]) Подобное положеніе можетъ пока аться настолько фантастичнымъ, что я цитирую подлинникъ: „Der Ausspruch geht aber in rem (!!) auf Rückübertragung des Geheimnisses . . .“ Ibid., стр. 253.

[2]) Ibid., стр. 253.

*) Напримѣръ, разглашеніе рецепта какого-нибудь бальзама, въ чудодѣйственную силу коего вѣрятъ въ силу убѣжденія объ его особенномъ

признается и самимъ Kohler'омъ [1]). И въ такомъ случаѣ спрашивается: если право не быть обезпокоеннымъ въ держаніи секрета совершенно не зависитъ отъ того, что̀ представляетъ этотъ секретъ, то спрашивается, какимъ образомъ оно можетъ быть связано съ патентнымъ правомъ?.. Изобрѣтатель пользуется защитой самыхъ разнообразныхъ институтовъ гражданскаго и публичнаго права: въ томъ числѣ и защитою частныхъ секретовъ. Эта защита секретовъ (въ тѣхъ государствахъ, гдѣ она существуетъ) можетъ повлечь, въ видѣ рефлекса, и защиту изобрѣтенія. Но она конструируется внѣ связи съ изобрѣтеніемъ и, слѣдовательно, не какъ форма защиты изобрѣтателя, какъ такового. Неприкосновенность частной переписки или принципъ my home—my castle также могутъ, косвенно, послужить защитѣ изобрѣтенія. Но изъ этого никто не рѣшится сдѣлать вывода, чтобы частная переписка была вопросомъ изобрѣтательскаго права.

Итакъ, «индивидуальное право», право на неприкосновенность частныхъ секретовъ—лишь по недоразумѣнію отнесено къ институтамъ изобрѣтательскаго права; это право, дѣйствительно, существуетъ до выдачи патента: но оно не имѣетъ ничего общаго съ правомочіями, присвоенными патентодержателю. «Индивидуальное» право не стоитъ ни въ какомъ отношеніи къ акту изобрѣтенія.

По устраненіи «индивидуальнаго» права, остается затѣмъ право «нематеріальное» (Immaterialrecht). Посмотримъ, въ чемъ заключается, въ изложеніи Kohler'а, цивилистическое содержаніе нематеріальнаго права въ періодъ до выдачи патента.

составѣ. На дѣлѣ же никакого особеннаго состава не оказывается: вода барона Вревскаго. Кстати: сомнѣваюсь, чтобы „индивидуальное“ право барона Вревскаго могло бы подлежать судебной защитѣ, какъ это долженъ допустить Kohler. А если не защищать Вревскаго, то какъ защитить Кузьмича съ его травой, кн. Крапоткину съ ея бальзамомъ и, послѣдовательно, Круппа съ его секретомъ фосфорной стали?

[1]) Ibid., стр. 249.

Носитель этого права — сознается Kohler [1]): 1) не имѣетъ возможности запретить третьему лицу самостоятельно заявить такое же изобрѣтеніе; 2) онъ не имѣетъ возможности запретить третьимъ лицамъ эксплоатировать то же изобрѣтеніе безъ патента, если они самостоятельно его сдѣлали; 3) онъ не имѣетъ возможности запретить третьимъ лицамъ продавать свое самостоятельное изобрѣтеніе постороннимъ—для цѣлей заявки или эксплоатаціи. Три важныхъ отличія—замѣтимъ мы,—которыя дозволяютъ серьозно предполагать, что право послѣ патента сильно отличается отъ права до патента.

За то—говоритъ Kohler—наличность нематеріальнаго права до патента проявляется въ двухъ отношеніяхъ. А именно, во-первыхъ, въ томъ, что изобрѣтатель даже и до заявки можетъ продавать свое право [2]). Этотъ тезисъ, по справедливости, можетъ показаться страннымъ. Право на полученіе патента, дѣйствительно, можетъ быть передано другому лицу. Но изъ этого, конечно, еще не слѣдуетъ никакого вывода относительно сущности переданнаго права. Въ данномъ случаѣ Kohler, несомнѣнно, затемняетъ дѣло неточнымъ словоупотребленіемъ: sein Recht veräussern — звучитъ почти какъ купля-продажа. Но самаго поверхностнаго анализа достаточно для того, чтобы обнаружить недоразумѣніе: возможность перемѣнить субъекта права можетъ являться свойствомъ разбираемаго института—но сама по себѣ, эта возможность совершить (хотя бы) цивилистическую сдѣлку о передачѣ права—еще отнюдь ничего не доказываетъ относительно сущности передаваемаго права. Цивилистика по поводу права не должна быть смѣшиваема съ цивилистичностью самаго права.

Поэтому, я утверждаю, что возможность совершить

---

[1]) Ibid., стр. 262.

[2]) „Dass es aber trotzdem nicht nur ein Individualrecht, sondern auch ein Erfinderrecht hat, zeigt sich im folgenden: 1) er kann das unvollkommene Erfinderrecht veräussern und es geht kraft der Rechtsnachfolge über...". Ibid., стр. 262.

Veräusserung отнюдь не свидѣтельствуетъ о наличности цивильнаго права: публичныя права также допускаютъ перемѣну въ субъектахъ, въ томъ числѣ и по взаимному ихъ соглашенію [1]).

Второй пунктъ (и послѣдній), коимъ Kohler доказываетъ наличность нематеріальнаго цивильнаго права до заявки представляется довольно неяснымъ. Позволю себѣ привести его въ подлинникѣ. «Нематеріальное право, рядомъ съ индивидуальнымъ правомъ, можетъ проявляться, во-вторыхъ, въ томъ, что при столкновеніяхъ между носителемъ индивидуальнаго права съ одной стороны и носителемъ нематеріальнаго права съ другой стороны—послѣдній всегда долженъ одержать верхъ. Изъ изложеннаго слѣдуетъ, что носителей индивидуальнаго правомочія можетъ быть нѣсколько; носитель же нематеріальнаго права можетъ быть только одинъ, во всякомъ случаѣ, только одинъ для всей совокупности права; точно также, нѣсколько лицъ могутъ быть носителями права на неприкосновенность жилища, но лишь одно лицо можетъ быть собственникомъ. Подобно тому, какъ собственникъ всегда имѣетъ преимущество предъ носителемъ права на неприкосновенность жилища и передъ владѣльцемъ, конхъ онъ можетъ побѣдить путемъ виндикаціи,—такъ точно и носитель нематеріальнаго права долженъ одержать верхъ во всѣхъ столкновеніяхъ съ носителями индивидуальныхъ правомочій».

Для того, чтобы снять съ себя подозрѣніе въ неточномъ переводѣ, я привожу въ ссылкѣ подлинный текстъ [2])—и затѣмъ позволю себѣ утверждать, что при-

[1]) Отмѣчу, что самъ Kohler признаетъ невозможность закладного права на нематеріальное право въ періодъ до заявки (Ibid., стр. 264). Между тѣмъ, цивилистически-имущественное правомочіе должно было бы допускать таковое. Объясненія, которыми Kohler старается оправдать „непослѣдовательность“ законодательствъ по этому вопросу (см. стр. 264, 265) являются весьма искусственными.

[2]) „Das Immaterialgüterrecht neben dem Individualrechte kann aber auch 2) darin hervortreten, dass in der Collision zwischen dem Individualberechtigten und dem Träger des Immaterialrechts dieser vorgehen muss.

веденный отрывокъ (и имъ, замѣчу, исчерпывается все, что говоритъ Kohler о пресловутомъ второмъ пунктѣ) остался, лично для меня,—совершенною загадкою. Сколько я ни старался, я не могъ уразумѣть, что̀ именно хочетъ сказать Kohler въ цитированномъ второмъ пунктѣ. Въ видѣ гипотезы, позволяю себѣ предположить, что Kohler имѣетъ въ виду слѣдующую конъюнктуру: нѣсколько лицъ имѣютъ, каждое, по самостоятельному «индивидуальному» праву (т.-е., по праву не быть тревожимыми въ обладаніи секретомъ; см. выше, стр. 340); одно изъ нихъ заявляетъ свое секретное изобрѣтеніе къ привилегированію; только оно, и больше никто другой, можетъ получить патентъ; только его «нематеріальное право» можетъ превратиться въ патентное право полной мощи; только его—и ничье другое.

Если Kohler имѣетъ въ виду именно эту конъюнктуру, то мой отвѣтъ будетъ очень простъ: указанный случай доказываетъ съ полною очевидностью, что держатель секрета, даже если онъ одновременно является и изобрѣтателемъ,—не имѣетъ, какъ таковой, никакого права на полученіе патента. Для того чтобы имѣть такое право недостаточно быть секретодержателемъ или изобрѣтателемъ: нужно исполненіе опредѣленныхъ формальностей. И больше того: достаточно исполнить эти формальности и нѣтъ необходимости быть изобрѣтателемъ для того, чтобы получить патентъ.

Если же Kohler имѣетъ въ виду что-нибудь другое, то этого другого я, лично, угадать не могъ и, кажется, вина въ томъ—не моя.

Итакъ, Kohler'у не удалось доказать, что право на патентъ имѣетъ цивилистическое содержаніе. Ему не

Aus dem obigen ergibt sich, dass der Individualberechtigten viele sein können; immaterialberechtigt kann aber nur einer für das Ganze; ebenso wie mehrere Personen Hausfriedensberechtigte, aber nur eine Person Eigenthümer sein kann. Wie nun der Eigenthümer den blossen Gewahrsams- und Hausfriedensberechtigten insofern vorgehen muss, als er mit seiner Vindication allen gegenüber durchdringt, so muss auch der Immaterialberechtigte obsiegen, wenn er mit den blossen Individualberechtigten in Collision tritt". Ibid., стр. 265.

удалось доказать, что это право можетъ создать цивилистическія отношенія между его носителемъ и третьими частными лицами (а не органами власти). Единственно, что онъ доказалъ, это — что право до заявки можетъ имѣть гражданско-правовое значеніе постольку, поскольку оно совпадаетъ съ обще-человѣческимъ правомъ имѣть неприкосновенную сферу личныхъ секретовъ [1]). И я показалъ выше, что это право не имѣетъ ничего общаго съ специфико-изобрѣтательскими правомочіями. Что же касается соображеній о возможности передать другому лицу указанное право, то эта перемѣна въ носителяхъ права рѣшительно ничего доказать не можетъ: по частному соглашенію можно было выставить вмѣсто себя рекрута-наймита; значитъ ли это, что отношеніе рекрутчины было цивильнымъ, а не публицистическимъ?

Право изъ патента есть цивильное право и сущность его заключается въ томъ, что носитель права изъ патента можетъ запретить всѣмъ третьимъ лицамъ: 1) подражать патентованному изобрѣтенію, 2) самостоятельно выдумывать то же изобрѣтеніе, и 3) заявлять таковое къ патентованію. Ни единаго изъ этихъ правъ не имѣется у изобрѣтателя до выдачи патента *): слѣдовательно, эти права создаются выдачею патента; слѣдовательно, до выдачи патента имѣется какое-то иное правомочіе, ничего общаго съ правомочіемъ послѣпатентнымъ не имѣющее; слѣдовательно, два правомочія, а не одно.

Мнѣ остается сдѣлать еще одно послѣднее замѣчаніе по поводу теоріи Kohler'a. Чувствуя несостоятельность своей теоріи, онъ дѣлаетъ уступку, указывая, что право изобрѣтателя въ до-патентной стадіи есть эмбріональ-

[1]) Подлинныя слова Kohler'a: „Ein Erfinderrecht, das allerdings nur insoweit geschützt ist, als die Verletzung des Erfinderrechts zugleich eine Verletzung des Individualrechts enthält". Ibid., стр. 261. Невозможно опровергать болѣе категорично свою собственную теорію.

*) Нельзя забывать, конечно, что выдача патента имѣетъ ретроактивную силу, см. § 208.

ное право. «ein Erfinderrecht immerhin einer unvollkommener Art [1])». Это признаніе окончательно дискредитируетъ всю конструкцію. Только тогда, когда мы въ общей теоріи права найдемъ ясное изложеніе понятія не только права вообще, не только рефлексовъ права, но еще и эмбріоновъ права,—только тогда можно будетъ серьозно считаться съ туманными построеніями берлинскаго профессора. А пока сіе не случилось, критика можетъ считать свою задачу крайне легкою.

Не эмбріонъ, не неполное право даемъ мы изобрѣтателю въ до-патентный періодъ. Кристально-ясное и отчетливое требованіе по отношенію къ органамъ власти присваеваемъ мы ему. Нужно только отрѣшиться отъ мысли, что патентное право съ момента изобрѣтенія и вплоть до истеченія срока патента является единымъ правомочіемъ, «съ головы и до пятъ» цивильнымъ правомъ [2]).

§ 256. Вторымъ главнымъ защитникомъ конструкціи едино-неизмѣннаго патентнаго отношенія является, послѣдовательно, Gierke. Онъ говоритъ: «Право изобрѣтателя возникаетъ въ моментъ оконченнаго творчества, но развивается и становится исключительнымъ правомъ лишь послѣ исполненія особаго государственнаго установительнаго акта [3]) (Feststellungsakt)». И далѣе: «Выдача патента не создаетъ никакого новаго права, она только развиваетъ уже существующее право... Выдача патента устанавливаетъ наличность условій, при коихъ возможно гарантировать защиту [4])».

Если обратиться къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, въ чемъ именно видитъ Gierke содержаніе цивильнаго права, будто бы, существующаго «въ недоразвитомъ

---

[1]) Ibid., стр. 261.

[2]) Въ этомъ смыслѣ R. Piloty, „Der Anspruch des Erfinders auf Patent“. въ Hirth's Annalen, 1897, стр. 409 и сл., passim.—O. Schanze, въ Archiv für öffentl. Recht, IX, стр. 173.—Еще раньше, противоположеніе двухъ правоотношеній было выдвинуто Klostermann'омъ.

[3]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I, стр. 861.

[4]) Ibid., стр. 878.

состояніи до выдачи патента, то оказывается, что онъ сводитъ это содержаніе къ тремъ элементамъ [1]):

1) къ праву распоряжаться опубликованіемъ изобрѣтенія («Die Befugniss über die Erfindung durch Veröffentlichung zu verfügen»); изобрѣтатель имѣетъ искъ объ убыткахъ противъ того, кто разгласитъ его изобрѣтеніе и тѣмъ уничтожитъ возможность взять патентъ;

2) къ праву пользоваться незаявленнымъ изобрѣтеніемъ («Sodann liegt in dem unangemeldeten Erfinderrechte die Befugniss zur Benutzung der Erfindung»);

3) къ праву быть признаваемымъ за автора даннаго изобрѣтенія («Anspruch auf Anerkennung, kraft dessen sein Träger von Jedermann verlangen kann, dass er das fremde Persönlichkeitsgut als solches achte und nicht als das seine anmasse»).

По поводу этихъ соображеній Gierke, можно возразить слѣдующее. Два права по пунктамъ 1 и 3—сводятся къ «индивидуальному» праву Kohler'a (см. выше, стр. 340). Мы видѣли, что это право не стоитъ ни въ какой связи съ актомъ творчества или, въ частности, изобрѣтенія. Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ законодательство допускало бы искъ о вознагражденіи за убытки, пропстекшіе изъ разглашенія тайны, — пришлось бы распространять такой искъ на всякій секретъ, хотя бы и самый безсмысленный (вода Вревскаго, см. выше, прим. *), стр. 340). Защита изобрѣтеній получилась бы лишь per consequentiam. Точно такъ же, право быть признаваемымъ за лицо, сдѣлавшее данный поступокъ (тамъ гдѣ это право защищается),—должно было бы быть распространяемо на всякій казусъ личнаго свойства, могущій имѣть имущественный интересъ. Допуская искъ о признаніи ремесленника А—за изобрѣтателя даннаго замка, необходимо признать искъ Стенли на признаніе его «авторства» въ освобожденіи Эмина-паши и искъ негра В на признаніе его «единственнымъ жителемъ Мартиники, спасшимся отъ изверженія Пелея». Эта

[1]) Ibid., стр. 873.

защита не имѣетъ ничего специфическаго для изобрѣтателей: она не является институтомъ изобрѣтательскаго права.

Что касается «права», изображеннаго въ пунктѣ 2-омъ, то оно и вовсе не является субъективнымъ правомъ, а лишь рефлексомъ общей промышленной свободы. Сказать, что я имѣю особое субъективное право работать данный замокъ—это значитъ сверхъ всякихъ границъ расширять понятіе права: если мнѣ кто-нибудь станетъ мѣшать въ моей работѣ надъ замкомъ, то искъ, который я предъявлю въ судъ, будетъ основываться не на фактѣ моего творчества, моего изобрѣтенія,—а на чемъ-то совсѣмъ другомъ [1]).

Итакъ, и Gierke не удалось доказать, что до-патентное право изобрѣтателя имѣетъ цивилистическое содержаніе. Остальные защитники той же конструкціи [2]) повторяютъ аргументы двухъ приведенныхъ корифеевъ и потому не заслуживаютъ детальнаго разсмотрѣнія.

§ 257. Содержаніе права, присвоеннаго изобрѣтателю въ періодъ до выдачи патента, сводится къ возможности требовать, чтобы данный органъ власти совершилъ извѣстный актъ управленія; конкретно: чтобы министръ финансовъ выдалъ грамоту, именуемую патентомъ. Какъ и всякое другое требованіе, обращенное къ органамъ власти не въ качествѣ фиска,—право на патентъ есть публичное право [3]).

И въ этомъ мѣстѣ мнѣ надлежитъ указать и проанализировать конструкцію, которая уклонялась бы въ про-

[1]) См. § 259, in fine.

[2]) См. перечисленіе у Gierke, ibid., стр. 873, прим. 90.

[3]) Въ этомъ смыслѣ: G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I, Leipzig, 1893, стр. 449: „Der Anspruch, welcher aus der Anmeldung der Erfindung erwächst, ist ein Anspruch auf Vornahme einer Verwaltungshandlung. Er hat einen öffentlich-rechtlichen, keinen privatrechtlichen Charakter und kann daher im Rechtswege nicht verfolgt werden".— Laband, Staatsrecht, III, 1901, стр. 236: „Die Ertheilung des Patentes ist ein konstitutiver (Verwaltungs) Akt; durch denselben wird nicht das Bestehen eines Rechts des Erfinders zur Ausbeutung seiner Erfindung festgestellt, sondern es wird dem Erwerber des Patentes ein Verbietungsrecht gegen andere verliehen".

тивоположную крайность. А именно,—конструкцію, которая отрицала бы не только цивильное до-патентное право, но также и публичное субъективное правомочіе. Т.-е., мыслимо утвержденіе, что нормы публичнаго права, касающіяся порядка выдачи патентовъ, представляютъ регламентъ внутренняго распорядка, установленный для даннаго органа власти и не созидающій никакихъ субъективныхъ правъ для заинтересованныхъ лицъ. Намеки на такую конструкцію, какъ это ни странно, имѣются у Kohler'a [1]): «Когда государство... функціонируетъ, то оно функціонируетъ въ силу своего назначенія; не во имя интересовъ даннаго индивида, а во имя своихъ государственныхъ задачъ».

Какъ извѣстно, теорія рефлексовъ публично-правовыхъ нормъ принадлежитъ къ числу труднѣйшихъ и наименѣе разработанныхъ проблемъ общаго государственнаго права. Насколько мнѣ извѣстно, лучше всего развита она у Laband'a. Посмотримъ же, къ какимъ результатамъ приходитъ онъ [2]).

Правила—говоритъ Laband, — которыми частное лицо предполагаетъ руководиться въ своемъ дальнѣйшемъ поведеніи, очевидно, не суть правовыя нормы. Вопросы о томъ, какъ вести свое сельское хозяйство, какъ управлять фабрикой—регулируются рѣшеніями, которыя не вызываютъ никакого взаимодѣйствія, никакого конфликта съ интересами третьихъ лицъ, и потому не могутъ имѣть значенія правовыхъ нормъ. Совершенно аналогично значеніе тѣхъ постановленій, коими организуется внутренній распорядокъ государственныхъ учрежденій. «Распорядокъ этотъ можетъ имѣть громадное значеніе для подданныхъ даннаго государства; фактическимъ послѣдствіемъ его можетъ быть и выгода, и ущербъ; интересъ подданныхъ можетъ быть очень великимъ. Однако, это еще не значитъ, чтобы такой интересъ всегда былъ превращаемъ въ

[1]) Handbuch, стр. 218.
[2]) Deutsches Staatsrecht, 1901, II, стр. 167 и сл.

право [1])». Регламенты, инструкціи и служебные распорядки не создаютъ субъективныхъ правъ.

Каковъ же будетъ критерій? «Существуетъ много случаевъ, говоритъ Laband, [2]) когда постановленія о порядкѣ отправленія государственныхъ дѣлъ допускаютъ двоякое пониманіе; ихъ можно толковать, съ одной стороны, какъ инструкціи для чиновниковъ и органовъ власти, а съ другой—какъ нормы, обосновывающія права и обязанности третьихъ лицъ. Интересъ подданныхъ, связанный съ извѣстнымъ порядкомъ отправленія государственныхъ дѣлъ, могъ быть, а могъ и не быть возвышенъ до степени права». «Ob nun das eine oder das andere gewollt ist muss durch Interpretation festgestellt werden». И Laband приводитъ примѣръ [3]) нѣмецкихъ «правилъ о принятіи на службу отставныхъ воинскихъ чиновъ», относительно коихъ два германскихъ органа высказались въ діаметрально-противоположномъ смыслѣ: Имперскій судъ призналъ въ этихъ правилахъ рядъ юридическихъ нормъ, создающихъ субъективныя права для интересентовъ, а почтовое вѣдомство настойчиво толковало тѣ же правила,—какъ инструкцію.

Отвѣтъ можетъ быть найденъ только путемъ интерпретаціи текстовъ — говоритъ Laband. Но въ чемъ же будетъ заключаться тотъ критерій, который будетъ положенъ въ основаніе этой интерпретаціи. Laband expressis verbis не говоритъ, но смыслъ его разсужденій, повидимому, таковъ. Въ случаѣ нарушенія данныхъ правилъ интересенты могутъ обратиться въ высшую инстанцію (судебную или, чаще, административную). Для правоустановительныхъ нормъ это обращеніе въ высшую инстанцію будетъ жалобой, для правилъ инструкціонныхъ—доносомъ (въ не-техническомъ смыслѣ). Жалоба о нарушенномъ правѣ требуетъ разсмотрѣнія и рѣшенія по правиламъ, распространяющимся на всѣ

[1]) Ibid., стр. 169.
[2]) Ibid., стр. 169.
[3]) Ibid., стр. 170, прим. 3.

вообще споры о правѣ: рѣшенія, въ которомъ опредѣленная абстрактная посылка должна быть конкретизирована по отношенію къ даннымъ фактическимъ обстоятельствамъ;—рѣшенія, которое возникаетъ изъ фактическихъ обстоятельствъ съ внутреннею необходимостью, независимою отъ воли судьи. Доносъ же не затрагиваетъ ничьихъ правъ и потому, разсматривая его, высшая инстанція движется гораздо свободнѣе: въ крайнемъ случаѣ она можетъ даже освободить низшую инстанцію отъ соблюденія даннаго правила.

Несомнѣнно, что по русскому праву жалоба въ I Департаментъ Сената имѣетъ характеръ именно жалобы о нарушенномъ правѣ, а не доноса о несоблюденныхъ правилахъ. Несомнѣнно, что, напримѣръ, дозволяя жалобщику опровергать новыми (quasi-состязательными) бумагами рапортъ министра финансовъ, Сенатъ признаетъ за нимъ не пассивную роль докладчика о совершившемся нарушеніи инструкціи,—а, наоборотъ, присваиваетъ ему активную роль истца, борющагося за свое, защищаемое закономъ, право.

§ 258. Итакъ, то юридическое отношеніе, которое на всемъ протяженіи моей работы я называлъ «правомъ на патентъ»,—является отношеніемъ публичнаго права. Однимъ изъ субъектовъ этого отношенія долженъ быть признанъ заявитель (см. §§ 125—127), а другимъ—Отдѣлъ Промышленности, какъ представитель власти. Отношеніе это возникаетъ съ момента заявки (§§ 134—136) и прекращается въ моментъ входа въ законную силу постановленія Комитета или объ отказѣ, или о выдачѣ патента (§§ 139—140). Содержаніемъ этого отношенія является право заявителя требовать, при наличности нѣкоторыхъ условій, чтобы Отдѣлъ Промышленности совершилъ актъ власти;—въ частности: произвелъ выдачу патента. Въ случаѣ нарушенія указанныхъ условій (§§ 82 — 136), санкціей является уничтоженіе неправильно выданнаго патента (§§ 143—149).

Только что изображенное юридическое отношеніе

не является логически необходимымъ въ дѣлѣ защиты изобрѣтеній. Можно представить себѣ такое положеніе дѣла, когда изобрѣтеніе будетъ защищаться безъ регистраціи, т.-е. безъ выдачи патента: въ этомъ случаѣ аналогія изобрѣтательскаго права и права авторскаго— была бы еще болѣе полною, чѣмъ теперь. Однако, защита изобрѣтеній помимо регистраціи является дѣломъ трудно осуществимымъ на практикѣ. Изобрѣтенія очень часто создаются независимо и параллельно нѣсколькими лицами: поэтому, является необходимость въ такомъ институтѣ, который позволялъ бы официально удостовѣрять, гдѣ, что, кѣмъ и въ какой формѣ было изобрѣтено. Заявка - регистрація именно должна установить эти элементы, а патентъ есть лишь свидѣтельство о совершеніи такой заявки.

Необходимость обязательной регистраціи изобрѣтеній нарушаетъ аналогію изучаемаго нами института съ авторскимъ правомъ—совсѣмъ не въ такой сильной степени, какъ это можетъ показаться на первый взглядъ. Дѣло въ томъ, что и въ авторскомъ правѣ извѣстны случаи, когда защита дается не иначе какъ подъ условіемъ предварительной и обязательной регистраціи объекта защиты. Сюда можно отнести, напримѣръ, положеніе художественныхъ произведеній по дѣйствующему праву [1]). Въ особенности же яркимъ примѣромъ можетъ служить sect. 4956 Rev. Stat. С. Штатовъ, устанавливающая, что авторъ можетъ пользоваться защитой только въ томъ случаѣ, если въ день опубликованія своего произведенія (или ранѣе) онъ зарегистрировалъ его въ Библіотекѣ Конгресса [2]). Съ этой точки зрѣнія, значитъ, въ С. Штатахъ авторы имѣютъ такое же публичное право на внесеніе въ регистръ, какое въ остальные

[1]) Ср. мою статью, въ Правѣ, 1902, № 24.

[2]) „No person shall be entitled to a copyright, unless he shall, on or before the day of publication in this or any foreign country, deliver at the office of the Librarian of Congress, or deposit in the mail within the United States, adressed to the Librarian of Congress, at Washington, district of Columbia, a printed copy of the title of the book, map, chart, dramatic or musical composition etc....“

ныхъ странахъ—имѣютъ изобрѣтатели на выдачу патента.

§ 259. Что касается второго юридическаго отношенія («право изъ патента»),—то оно является институтомъ гражданскаго права. Его носителемъ мы должны признать того, кто держитъ въ данный моментъ патентную грамоту (§§ 150—159); его объектомъ—то техническое единство, которое запечатлѣно въ патентѣ (§§ 160—164); его содержаніемъ — право запрещенія, недозволяющее третьимъ лицамъ экономически пользоваться даннымъ объектомъ (§§ 164ª — 188). Право изъ патента возникаетъ, ретроактивно, съ момента опубликованія соотвѣтствующаго охранительнаго свидѣтельства (§ 208) и продолжается до тѣхъ поръ, пока патентъ не будетъ прекращенъ (§§ 214—230).

Изъ только что изображенныхъ вопросовъ — два требуютъ спеціальнаго разсмотрѣнія, а именно: a) вопросъ о конструктивномъ значеніи понятія объекта правъ изъ патента, и b) вопросъ о таковомъ же значеніи понятія содержанія правъ изъ патента.

Ad a. Что касается объекта правъ изъ патента, то трудности заключаются въ слѣдующемъ.

Представимъ себѣ, что инженеръ A изобрѣлъ желѣзнодорожный тормазъ, автоматически дѣйствующій при разрывѣ поѣзда потому, что вагоны соединены трубкою съ нагнетеннымъ въ нее воздухомъ. Предположимъ, что въ другой странѣ инженеръ B изобрѣлъ въ тотъ же самый моментъ, не зная о работахъ A, тотъ же самый тормазъ. Мы имѣемъ дѣло съ двумя изобрѣтеніями: двѣ (конкретныхъ) мысли одновременно блеснули въ двухъ умахъ. Абстрактно, изобрѣтенъ одинъ и тотъ же автоматическій тормазъ; конкретныхъ же мыслей имѣется двѣ.

Точно такъ же, если изобрѣтенія сдѣланы разновременно, то болѣе поздній изобрѣтатель (я отсылаю къ § 86-му) сдѣлалъ не новое (можетъ быть, безполезное), но все-таки—(конкретное) изобрѣтеніе. Разъ мы признали, что изобрѣтеніе есть (идейное) рѣшеніе проблемы

(ср. §§ 94—98), то мы должны признать, какъ слѣдствіе, столько конкретныхъ «рѣшеній» этой проблемы, сколько умовъ съумѣютъ одолѣть ее. Въ разбираемой области умѣніе противополагать, вообще, абстрактное рѣшеніе данной (ариѳметической) задачи и то конкретное рѣшеніе, которое я нашелъ самостоятельнымъ трудомъ, — требуетъ особеннаго мозгового усилія, въ виду нематеріальности объекта. Однако, стоитъ вдуматься, чтобы признать, что мое рѣшеніе есть конкретное рѣшеніе, хотя бы оно и вполнѣ совпадало съ абстрактнымъ отвѣтомъ на задачу.

Такимъ образомъ, всякій изобрѣтатель дѣлаетъ конкретное изобрѣтеніе. Защищается же за нимъ не это конкретное рѣшеніе, а искусственно сдѣланная абстрактная вытяжка. И я прошу понимать это положеніе въ глубокомъ его смыслѣ: я не хочу сказать, что за изобрѣтателемъ закрѣпляются и рѣшеніе, и всѣ эквиваленты; тогда бы можно было аргументировать, что законъ, какъ бы, фингируетъ изобрѣтателя предполагавшимъ данное и всѣ аналогичныя конкретныя рѣшенія. Указанный тезисъ долженъ быть понимаемъ глубже: патентное право закрѣпляетъ за изобрѣтателемъ цѣлый genus, т.-е. всѣ конкретныя изобрѣтенія даннаго вида, кѣмъ бы они ни были сдѣланы. Переводя этотъ выводъ на языкъ жизненныхъ отношеній, мы получаемъ, что выданный патентъ позволяетъ изобрѣтателю запретить всѣмъ третьимъ лицамъ самостоятельно изобрѣтать данное изобрѣтеніе.

Этотъ результатъ имѣетъ колоссальное юридическое значеніе, хотя въ жизни онъ обыкновенно ускользаетъ отъ глазъ наблюдателя. Если я копирую чужую работу, то мои дѣйствія составляютъ нѣкоторое вторженіе въ чужую сферу: я механически пріобрѣтаю то, что моему конкурренту стоило творческаго труда; слѣдовательно, я, съ неравною затратою работы, получаю равный результатъ, присваивая себѣ часть труда моего соперника. Но если онъ изобрѣлъ сегодня, а я изобрѣлъ завтра, то никакія ухищренія не убѣдятъ меня

въ томъ, что, фабрикуя свое изобрѣтеніе, я вторгаюсь въ его сферу. Дѣло именно заключается въ томъ, что патентное право даетъ изобрѣтателю неслыханную юридическую мощь, присваевая ему цѣлый genus имущественныхъ благъ.

Я думаю, что въ этой «генеричности» патентнаго права нужно искать его главный отличительный признакъ. Обыкновенно, въ жизни, изобрѣтенія распространяются такъ быстро, что второй творецъ работаетъ не безъ «содѣйствія» перваго: однако, случаи вторыхъ самостоятельныхъ изобрѣтеній мыслимы, и съ ними надо считаться. Патентъ налагаетъ veto на цѣлую область человѣческой мысли, запрещая третьимъ лицамъ работать въ данномъ направленіи [1]).

Всякое патентное право генерично въ томъ смыслѣ, что оно имѣетъ объектомъ нѣкоторый genus, рядъ конкретныхъ рѣшеній даннаго типа. То же самое наблюдается и въ авторскомъ правѣ. Замѣчу, впрочемъ, что здѣсь противоположеніе конкретнаго и абстрактнаго проводится еще съ бо́льшимъ трудомъ: В вѣдь не можетъ сочинить то же стихотвореніе, что ранѣе сочинилъ А. Однако, для цѣлей нашего анализа мы должны допустить возможность такого совпаденія: это отнюдь не будетъ юридическимъ ухищреніемъ, а единственнымъ способомъ понять сущность всего института.—Два человѣка легко могутъ сочинить, независимо одинъ отъ другого, одинъ и тотъ же калам-

[1]) Поэтому такъ глубоко неправы тѣ, кто видитъ въ патентѣ лишь запрещеніе подражать. „L'objet du brevet c'est l'interdiction de toute imitation". Renouard, Du droit industriel dans ses rapports etc., Paris, 1860, стр. 408. Въ томъ же смыслѣ почти всѣ остальные авторы, даже Roguin, Règle de droit etc., напр., стр. 310 (ср. впрочемъ, стр. 308).—Гораздо яснѣе смотрятъ на дѣло американскіе суды. „There is no absolute right, or natural right at common law, that the original inventor to-day, has to prevent you and everybody else from inventing and using to-morrow or next day the same thing". (Судья Shepley, цит. у Robinson, I, стр. 45, пр. 1) Ср. Robinson, ibid., стр. 46: „every new patent closes up another avenue of research against all the world, thwarts the endeavors of the human mind in that direction, and to benefit one individual deprives all others of the right to profit in the same way by their own inventive powers".

буръ или анекдотъ: бываютъ такіе моменты общественной жизни, когда каламбуръ съ именемъ даннаго лица напрашивается самъ собой, какъ бы вися въ воздухѣ. Но на каламбуръ можно получить авторское право. И вотъ я убѣжденъ, что если бы А. сталъ торговать листами, на которыхъ былъ бы напечатанъ его каламбуръ, то суды обвинили бы въ контрафакціи В'а, который сталъ бы дѣлать ему конкурренцію, даже несмотря на представленныя В'омъ доказательства, что онъ скаламбурилъ совершенно независимо отъ А *).—Въ математикѣ могутъ случиться совпаденія теоремъ, предложенныхъ разными изслѣдователями. Но если второй ученый станетъ давать публикѣ ту же книгу, что и первый, то суды обвинятъ его въ контрафакціи, хотя бы онъ документально установилъ полную независимость своихъ изслѣдованій отъ изслѣдованій перваго (хотя, конечно, даже малыхъ несходствъ было бы достаточно для того, чтобы судьи признали наличность иного genus'а).—Въ хореографіи мыслимы параллельныя творчества: допустимо, что при сходствѣ сценъ, количества фигурантовъ и драматическихъ положеній, два балетмейстера расположатъ одинаковымъ образомъ послѣдовательность балетныхъ пріемовъ: тутъ, тоже, первому будетъ присвоенъ цѣлый хореографическій genus [1]).—Но съ особенною рѣзкостью выступаетъ генеричность защиты въ институтѣ товарныхъ знаковъ. Стоитъ прославиться какому либо человѣку или событію, какъ шеколадные и спичечные фабриканты тотчасъ наводняютъ рынокъ карамельками и спичками Баранова, Скобелева, Кронье или Пушкина. Между тѣмъ, всѣ законы о знакахъ установляютъ, какъ непоколебимое правило, что лишь одинъ

*) Конечно, могъ бы возникнуть вопросъ: по моменту сочиненія или по моменту опубликованія—надо считать пріоритетъ авторства.

[1]) Какъ бы то ни было, параллельное творчество принадлежитъ къ рѣдчайшимъ явленіямъ авторскаго права. И если бы не аналогія съ патентнымъ правомъ, то никогда на этихъ случаяхъ не пришло бы въ голову изслѣдователю основывать цѣлую теорію. Въ этомъ видно благодѣтельное вліяніе того сближенія двухъ областей, о которомъ я говорилъ въ § 93.

фабрикантъ можетъ пользоваться даннымъ знакомъ, а другіе должны не только не копировать, но и самостоятельно не вводить схожихъ клеймъ.

Итакъ, всякое авторское право—въ области изящнаго ли творчества или техническаго—генерично, т.-е. имѣетъ объектомъ не конкретныя, а абстрактныя имущественныя блага [1]). Весьма нетрудно объяснить это явленіе: всякое авторское право имѣетъ объектомъ нематеріальныя блага, а въ области нематеріальнаго конкретная идея не имѣетъ самостоятельнаго юридическаго бытія. Законъ имѣетъ возможность отличать право даннаго человѣка имѣть данный конкретный столъ—или право имѣть столъ вообще, какъ genus: онъ отличаетъ конкретную вещь отъ неконкретнаго понятія той же вещи. Но лишь только мы покидаемъ область матеріальныхъ предметовъ, какъ законъ, съ его грубыми, чисто-внѣшними пріемами, оказывается безсильнымъ отличить конкретное рѣшеніе проблемы отъ его абстрактнаго типа. Поэтому, въ области идей законъ закрѣпляетъ за человѣкомъ гораздо больше, чѣмъ на сколько онъ, въ сущности, претендуетъ: и дѣлаетъ это законъ изъ боязни, какъ бы иначе субъектъ не остался вовсе безъ защиты.

Всякое авторское право покрываетъ цѣлый genus. Право же собственности всегда, безусловно и необходимо имѣетъ объектомъ—конкретныя вещи.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ окончательному заключенію: право собственности и авторское право — юридически — имѣютъ принципіально несхожую конструкцію [2]) Изъ противоположенія конкретности

[1]) Ср. замѣчанія въ противоположномъ смыслѣ у Schuster, Das Wesen des Erfinderrechts, 1891, стр. 14, 19, 20 и др.

[2]) Ср. рѣчь фабриканта Poirrier, на конгрессѣ 1878 г. (Procès-verbaux, стр. 255): „l'inventeur s'adresse à la société pour lui demander plus qu'il ne possède, c'est à dire non seulement la garde de sa propriété, de son champ, mais que de plus il lui dit: „je ne veux pas que quiconque, au moyen de ses épargnes, puisse acquérir un champ semblable au mien". Устами младенцевъ... Вообще, строгое развитіе пропріетарной теоріи давало бы изобрѣтателямъ недостаточную защиту—см. Beck, op. cit., стр. 19;—Rosenthal,

одного и генеричности другого вытекаетъ, систематологически,—также и различіе мѣстъ, занимаемыхъ этими институтами въ общей схемѣ правовыхъ институтовъ. Но объ этомъ см. дальше, § 266.

Изложенное и составляетъ резервированное выше (§ 239) доказательство тезиса: патентное (и авторское) право, по самому существу своему, гораздо шире, чѣмъ право собственности.

Ad b. Что же касается конструкціоннаго значенія самаго понятія содержанія того института, который мы изучаемъ въ данный моментъ, то я долженъ отмѣтить наличность очень крупной контроверзы.

Одна группа ученыхъ, съ Klostermann'омъ и Kohler'омъ во главѣ, указываетъ, какъ на юридическую сущность патентнаго отношенія, — на право эксплоатировать данное изобрѣтеніе. «Das geistige Eigenthum ist also die vermögensrechtliche Nutzung an der mechanischen Wiederholung eines Productes der geistigen Arbeit» — говоритъ Klostermann [1]). Аналогично и съ особенными подчеркиваніями Munk [2]): «Право изобрѣтателя есть право съ положительнымъ содержаніемъ; оно состоитъ въ возможности (Machtbefugniss) эксплоатировать изобрѣтеніе, т.-е. приводить его въ исполненіе, закладывать, цѣликомъ или по частямъ передавать другимъ лицамъ.... Отрицательная власть изобрѣтателя, власть запрещенія, есть только слѣдствіе положительной власти, а отнюдь не существо патентнаго права». За послѣднее время, сторонники этой «положительной»

op. cit., стр. 43.—Griesinger, Der Büchernachdruck etc., 1822, стр. 17—18, спеціально аргументируетъ, что контрафакція должна быть разрѣшена, такъ какъ контрафакторъ не касается права собственности автора на идеи, изложенныя въ книгѣ. A Ch. Limousin, De la propriété intellectuelle industrielle, Paris, 1873—послѣдовательно признаетъ право всѣхъ самостоятельныхъ параллельныхъ изобрѣтателей продолжать эксплоатацію несмотря на патентъ!

[1]) Patentgesetzgebung, 1869, стр. 113;—ср., впрочемъ, противорѣчія на той же стр. и на стр. 119, пр. 4.

[2]) L. Munk, Die patentrechtliche Lizenz, 1897, Berlin, passim и стр. 6—8 и, въ особенности, стр. 19.—Ср. H. Schuster, Das Wesen des Urheberrechts, Wien, 1891, стр. 13, прим. 9.

теоріи получили поддержку и въ важномъ законодательномъ актѣ. Статья 4-ая германской новеллы гласитъ [1]): «Патентъ имѣетъ то значеніе, что его держателю исключительно дозволено въ видѣ промысла изготовлять, пускать въ обращеніе, выставлять на продажу и употреблять изобрѣтеніе [2])».

Другая группа ученыхъ, гораздо менѣе многочисленная (Laband, Gareis), утверждаетъ, что юридическая сущность патентнаго права заключается не въ положительномъ правомочіи, а въ чисто отрицательномъ правѣ запрещать всѣмъ и каждому эксплоатацію даннаго изобрѣтенія. «Характеристичнымъ признакомъ патентнаго права должна быть признаваема воз-

[1]) Текстъ той же статьи въ законѣ 1877 года былъ построенъ по отрицательной конструкціи. Объясняя произведенную перемѣну, мотивы гласятъ (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Abänderung etc., Berlin, 1890, стр. 9): „Der bisherige Wortlaut des § 4 hat die Deutung hervorgerufen, als ob die Patentertheilung lediglich ein negatives Recht, ein Untersagungsrecht gegenüber Dritten erzeuge. Diese Auschauung wird indessen dem Wesen des Patents nicht gerecht. Der Zweck (?) des letzteren ist, dem Patentinhaber die Ausbeutung der Erfindung zu sichern, und die zur Erreichung dez Zweckes nothwendige Befugniss der Ausschliessung Anderer erschöpft nur die eine seite des Patentrechts. Da die grundsätzliche Auffassung nicht ohne Einfluss [въ чемъ?] auf die rechtliche Beurtheilung der aus dem Patente ergebenden Befugnisse ist, so bringt der Entwurf..." Ср. contrà. Aeusserungen und Vorschläge des Vereins deutscher Patentanwälte zu dem Entwurf etc., Berlin, 1890, стр. 7, и очень мѣткія замѣчанія A. Seligsohn'a, Commentar, стр. 39. — Вообще, разбираемый случай можетъ быть прекраснымъ примѣромъ того безплодія, на которое обречены всѣ попытки навязать научную конструкцію путемъ закона. Отмѣченныя мѣста мотивовъ содержатъ крупныя логическія ошибки,—а самый законъ на жизнь не повліялъ. Онъ далъ возможность Kohler'у сказать нѣсколько торжествующихъ фразъ: но, практически, дѣло осталось въ томъ же положеніи. Руководящимъ остается, все-таки, рѣшеніе Reichsgericht'a, 21 мая 1883: „Es ist unrichtig, wenn das Berufungsgericht sagt das Patent verliehe dem Patentinhaber die Befugniss, den Gegenstand der Erfindung herzustellen und zu gebrauchen. Diese Befugniss ist von dem Patente unabhängig. Sie würde der Beklagten auch wenn sie kein Patent erworben hätte, vermöge der natürlichen Freiheit des Handels, und soweit es sich um gewerbsmässigen Betrieb handelt, vermöge des Grundsatzes der Gewerbefreiheit zustehen. Das Recht, welches zu dieser Befugniss . . . kraft der Ertheilung des Patentes hinzutritt, besteht in dem gegen jeden Anderen gegebenen Ausschliessungsrecht".

[2]) Ср. Picard et Olin, Traité des brevets d'invention etc., Bruxelles, 1869, № 386.

можность устранять третьихъ лицъ отъ фабрикаціи даннаго изобрѣтенія,—а вовсе не собственное право эксплоатаціи. Это послѣднее принадлежитъ всякому изобрѣтателю и безъ патента [1])».

Положительная конструкція въ настоящее время является преобладающею. Объясняется это обстоятельство, главнымъ образомъ, историческими причинами: одною—глубокою и другою—болѣе поверхностною.

Глубокая причина есть историческая связь привилегій съ цеховою средневѣковою организаціею. Въ первой главѣ я, гдѣ могъ, спеціально подчеркивалъ, что патенты на изобрѣтенія, въ странахъ съ цеховою организаціею труда, должны имѣть «пермиссивную» конструкцію (§ 23). Если право работать есть un droit royal,—если работать можетъ только тотъ, кому это спеціально дозволено,—если, наконецъ, привилегія должна освободить изобрѣтателя отъ контроля цеха (ibidem),—то очевидно, что эта привилегія прежде всего и главнымъ образомъ должна давать ему разрѣшеніе работать.

---

[1]) C. Gareis, Das Patentgesetz etc., 1877, стр. 19.—Ср. P. Laband, Staatsrecht etc., 1895, II, стр. 210—211: „So wie das Wesen des Monopols nicht darin besteht, dass der Fiscus ein gewisses Gewerbe betreiben darf, wozu es keines besonderen Rechtsatzes bedarf, sondern darin, dass der Betrieb dieses Gewerbes Allen, mit Ausnahme des Fiscus, verboten ist, so besteht auch das Wesen des sogen. Urheberrechts nicht darin, dass der Autor seine Geistesarbeit verwerthen darf, was ihm innerhalb der durch Strafgesetze gezogenen Schranken auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anerkennung freisteht; sondern es besteht im der Ausschliesslichkeit dieser Befugniss, d. h. in dem allen anderen Personen gerichteten Verbot, fremde Geistesarbeit gewerblich auszubeuten".—Соотвѣтственно и законъ 1877 года, ст. 4, гласилъ: „Патентъ имѣетъ то значеніе, что никто не имѣетъ права, безъ разрѣшенія патентодержателя, изготовлять, пускать въ обращеніе и выставлять на продажу, въ видѣ промысла, патентованное изобрѣтеніе".—Ср. G. Mandry, Gesetz vom 25 Juni 1865 etc., въ Dollmann's Gesetzgebung etc., Erlangen, 1867, стр. 97: „Die Angeführte Definition enthält noch eine Unrichtigkeit. Sie stellt nähmlich als den rechlichen Gehalt des Urheberrechts die rechtliche Möglichkeit der Vervielfältigung und Aufführung durch den Urheber dar, während solches nur in des Ausschliessungsbefugniss steht und bestehen kann. Denn der Wille, ein Werk zu vervielfältigen, zu verbreiten . . . bedarf nicht nur keiner besonderen rechtlichen Basis, sondern ist selbst einer solchen—wenigstens auf dem Gebiete des Privatrechts—nicht fähig".

Я указывалъ также, что если никто не имѣетъ права работать внѣ предѣловъ того, что ему предоставлено делегаціей цеха или короля,—то привилегія на изобрѣтеніе можетъ исполнять всѣ свои функціи, ни словомъ не обмолвливаясь о prohibitiv'номъ элементѣ: если король далъ только одно разрѣшеніе фабриковать данный продуктъ, то, въ виду отсутствія свободы труда, это разрѣшеніе эквивалентно запрещенію, обращенному ко всѣмъ третьимъ лицамъ, кромѣ его держателя (§ 23). Насколько трудно было сразу схватить ту перемѣну, которая должна была быть произведена въ конструкціи патентовъ со дня отмѣны цеховой организаціи [1]), видно, напримѣръ, изъ того любопытнѣйшаго обстоятельства, что въ докладѣ Eude'a (14 pluviose, an II), серьозно обсуждается вопросъ [2]): «не нужно ли освободить отъ промысловыхъ налоговъ того изобрѣтателя, который торгуетъ исключительно лишь патентованными продуктами?». Стоитъ только перенестись воображеніемъ въ ту эпоху, для того, чтобы сразу понять эту кажущуюся «наивность», и причины, почему ея авторъ долженъ былъ объ ней трактовать. «Патентъ давалъ разрѣшеніе фабриковать, за патентъ этотъ брали пошлины... Съ какой же стати брать ихъ второй разъ (въ видѣ промысловаго налога) за ту же фабрикацію?» Такъ думалъ Eude. Конечно, онъ неправильно толковалъ

---

[1]) Насколько велика была эта трудность—можно судить, между прочимъ, по тому, что даже такіе добросовѣстные и аккуратные изслѣдователи, какъ L. Pfaff и F. Hofmann (Excurse über das österreichische allg. bürg. Recht, Bd. I, Wien, 1889, стр. 419, прим. 21), повидимому, возражаютъ противъ Garcis'a съ точки зрѣнія не современнаго, а цехового строя: „Auch Gareis ist hier anzuführen, als er (und mit ihm viele Andere) das Charakteristische des Industrieprivilegs nur in dem Ausschliessen der Nichtprivilegirten, nicht in der Gestattung der Verwerthung der Erfindung durch den Privilegirten finden will. Allein, wenigstens die ältere Gesetzgebung kannte gewiss kein ipso jure bestehendes Recht des Entdeckers oder Erfinders, seine Erfindung auszubeuten: dem standen die Zunftschranken entgegen; indem das Privilegium diese durchbrach, gab es nicht nur Ausschliesslichkeit, sondern auch das Recht der Verwerthung dem Erfinder".

[2]) См. Molard, Description des machines et procédés etc., Paris, 1811, I, стр. 96.

себѣ природу патентныхъ пошлинъ; но истинная ошибка его разсужденія коренилась гораздо глубже: онъ не замѣтилъ, что послѣ уничтоженія цеховъ патентъ пересталъ давать разрѣшеніе (которое и безъ патента имѣетъ въ настоящее время всякій изъ насъ),—а сталъ давать право запрещенія.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ слѣдующаго рода результату: положительная функція патентнаго права необходима и (обыкновенно) достаточна въ странахъ, гдѣ нѣтъ свободы труда; во всѣхъ остальныхъ государствахъ она излишня (такъ какъ никто не нуждается въ спеціальномъ разрѣшеніи) и недостаточна (такъ какъ, если не запретить другимъ, то разрѣшеніе, данное патентодержателю, не будетъ имѣть никакой цѣнности).

Болѣе поверхностная причина заключается въ томъ косвенномъ давленіи, которое произвела на принятіе именно положительной (а не отрицательной) конструкціи одна апріорная теорія. Я разумѣю, конечно, имматеріальную конструкцію Kohler'a (§ 244—246); я подробно излагалъ выше (стр. 307), что онъ проводитъ аналогію между правомъ собственности и правомъ патентнымъ, утверждая что оба они имѣютъ цѣлью гарантировать экономическое использованіе даннаго (матеріальнаго или нематеріальнаго) объекта; я отмѣчалъ также, что аналогія, дѣйствительно, имѣется въ этомъ положительномъ направленіи, — но что она прекращается, лишь только мы заглянемъ въ область отрицательныхъ функцій, т.-е. въ область тѣхъ обязательствъ, которыя возлагаются на третьихъ лицъ; я указывалъ подробно (см. стр. 358), что обязательства, возлагаемыя на третьихъ лицъ, гораздо шире въ патентномъ правѣ, чѣмъ въ правѣ вещественной собственности, такъ какъ первыя имѣютъ объектомъ не конкретные предметы, а цѣлыя genera. Слѣдовательно, дѣло обстоитъ очень просто: Kohler'у нужно утверждать, что патентное право есть «положительное» право, ибо иначе онъ не въ состояніи былъ бы установить столь дорогой ему аналогіи съ

собственностью. Дабы спасти свое имматеріальное дѣтище. Kohler не останавливается, поэтому, передъ тѣмъ, чтобы изобразить патентное право не въ видѣ юридической конструкціи, а въ видѣ экономическаго результата этой конструкціи [1]).

Таковы причины, вызвавшія появленіе «позитивной» конструкціи и обусловливающія ея непрекращающійся успѣхъ.

Мнѣ остается разобраться въ этой конструкціи при помощи чистой юридической критики.

Напомню еще разъ, въ чемъ заключается самая проблема. Патентное право, несомнѣнно, имѣетъ два элемента: позитивный («право фабриковать») и негативный («право запрещать фабрикацію»). Этой двойственности никто не отрицаетъ. Но затѣмъ возникаетъ дополнительный вопросъ: который изъ указанныхъ двухъ элементовъ является болѣе принципіальнымъ, болѣе существеннымъ съ точки зрѣнія конструкціонной экономіи *)? При такой постановкѣ вопроса, самъ собою подсказывается и тотъ методъ, коимъ мы будемъ искать его рѣшеніе. Въ самомъ дѣлѣ. Если вся контроверза сводится къ спору о томъ, которую изъ двухъ сторонъ медали намъ удобнѣе считать лицевою, — то, очевидно, рѣшить ее апріорными соображеніями невозможно.

Поэтому, я не буду слѣдовать за Kohler'омъ, который, рядомъ туманныхъ діалектическихъ выводовъ [2]),

---

[1]) Ср. Gierke, Privatrecht, стр. 858: „Das Erfinderrecht erschöpft sich aber nicht in den gegen die Vornahme gewisser gewerblicher Handlungen durch andere gerichteten Untersagungsbefugniss. Vielmehr hat es vor Allem einen positiven Inhalt. Es gewährt seinem Subjecte in der Herrschaft [типичное словцо!] über das von ihm geschaffene Geisteserzeugniss eine positive Befugniss etc...".

*) Разъ навсегда сдѣлаю существенное замѣчаніе:—съ точки зрѣнія юридической конструкціонной техники. Очевидно, что съ точки зрѣнія хозяйственной – позитивный элементъ имѣетъ несравненно бо́льшую цѣнность, чѣмъ негативный. Но вопросъ именно заключается въ томъ, насколько можно смѣшивать экономическую конструкцію съ юридической.

[2]) Лучшимъ примѣромъ можетъ служить слѣдующій отрывокъ изъ его Forschungen, Mannheim, 1888, стр. 107—108: „Der Grundirrthum der entge-

старается доказать, что принципомъ патентнаго права является право фабрикаціи, а его рефлексомъ—право запрещенія; не буду выяснять апріорно, что, по моему мнѣнію, принципъ заключается въ запрещеніи, а рефлексомъ является исключительное пользованіе. Споръ на этой почвѣ былъ бы безплоднымъ.

Мой путь будетъ другой. Я постараюсь апостеріорнымъ путемъ доказать, что негативная конструкція гораздо болѣе удобна—въ конструктивномъ отношеніи,—чѣмъ позитивная.

1-ый примѣръ. Представимъ себѣ такого рода сложную комбинацію. Въ союзномъ государствѣ, въ коемъ, по конституціи, федеральные акты власти имѣютъ преимущество передъ актами мѣстной власти, — центральная власть выдаетъ изобрѣтателю А патентъ на производство спичекъ. Оказывается, затѣмъ, что это производство такихъ спичекъ въ одной изъ частей даннаго союзнаго государства запрещено закономъ. Съ точки зрѣнія позитивной конструкціи мы должны были бы разсуждать такъ: А получилъ право изготовлять спички; право это онъ получилъ отъ федеральной власти; такъ какъ распоряженія мѣстныхъ властей имѣютъ силу лишь постольку, поскольку они не противорѣчатъ актамъ центральной власти,—то, значитъ, право А'а на фабрикацію имѣетъ больше силы, чѣмъ мѣстное

---

gengesetzten Lehre ist der verbreitete Irrthum, als ob es sich bei unseren Patentberechtigungen lediglich um ein Exclusionsrecht handeln würde, so dass die Productionsberechtigung an sich nur eine allgemeine facultas, ein allgemeines menschliches Dürfen wäre, welches durch ein Ausschliessungsrecht gegen Dritte factisch gesteigert würde; so etwa wie ein Spaziergang im öffentlichen Parke, dessen Gunst etwa dadurch erhöht würde, dass während gewisser Stunden jedem anderen Sterblichen der Zutritt verwehrt würde; oder wie die Ruhe meines Mittagsschlafes, den ich durch pacta negativa mit meinen musicalischen und unmusicalischen Nachbarn gesichert hätte. So ist aber die Sache nicht. Das Erfinderrecht beruht eben darauf dass eine Idee nicht res communis omnium, sondern einem Einzelnen appropriirt ist, so dass, wenn er sie ausnützt, er in der Ausübung seines individuellen Privatrechts handelt: so dass der Ausschluss der übrigen lediglich die Consequenz des positiven Rechts, die Exclusivität die Kehrseite des Sonderrechts ist". Рядъ утвержденій и—ни одного доказательнаго аргумента!

запрещеніе. Значитъ, А можетъ изготовлять свои спички на всей территоріи федераціи.

На практикѣ же, такой отвѣтъ не мыслимъ [1]): и для того, чтобы согласить съ позитивной конструкціей противоположное рѣшеніе, приходится прибѣгать къ цѣлому ряду сложнѣйшихъ фикцій.

Съ точки же зрѣнія негативной конструкціи отвѣтъ подсказывается самъ собою: федеральный актъ даетъ право запрещенія; поэтому, если мѣстная власть издастъ законъ, коимъ дозволитъ третьимъ лицамъ фабриковать изобрѣтеніе, несмотря на наличность патента,—то такой законъ, конечно, будетъ не конституціоннымъ *). Затѣмъ, федеральный актъ даетъ только право запрещенія; фабрикація, если патентодержателю удается организовать ее, будетъ, такимъ образомъ, (рефлективно) монополистическою; но самое право фабрикаціи патентомъ не гарантируется; поэтому, акты мѣстной власти, указывающіе, можно ли и при какихъ условіяхъ можно совершать данную фабрикацію, не находятся ни въ какомъ конфликтѣ съ федеральнымъ патентомъ.

2-ой примѣръ. Возможна ли выдача патента на такое изобрѣтеніе, фабрикація котораго запрещена въ данномъ государствѣ (напр., при наличности государственной фабрикаціонной монополіи: игральныя карты въ Россіи, табакъ — во Франціи)? По позитивной конструкціи сконструпровать патентъ, выданный въ Россіи на способъ печатанія игральныхъ картъ,—совершенно невозможно. Поэтому, сторонники позитивной конструкціи рѣшаются на героическое средство: они объявляютъ

---

[1]) „It is not true that a right to make, vend or use the invention in a manner which would be unlawful except for the letters patent, thereby becomes lawful, under act of Congress, and beyond the power of the States to regulate or control". State v. Telephone C° (U. S. A.; 1880), Robinson, I, стр. 73.

*) „A State has no power to say through his legislature . . . that the use of the patent shall be common to all of its citizens; for this would be in direct conflict with the law of Congress". Patterson v. Commonwealth (1873), Robinson, I, стр. 73.

выдачу патентовъ на изобрѣтенія, защищенныя государственной монополіей,—вещью немыслимой.

А между тѣмъ, такіе патенты могутъ имѣть громадное экономическое значеніе и, съ точки зрѣнія юридической логики, представляются явленіемъ вполнѣ мыслимымъ. Почему не предположить, что данное производство картъ будетъ запрещено дважды, суперпозиціей частно-правовой монополіи сверхъ монополіи публично-правовой? Такой патентъ, можетъ имѣть смыслъ на случай желанія Воспитательнаго Дома удешевить производство картъ (можно будетъ снять съ него, за деньги, лежащее на немъ гражданско-правовое запрещеніе!), — а также на случай эвентуальнаго уничтоженія публично-правовой монополіи.

Но такой патентъ рѣшительно невозможно сконструировать иначе, какъ по негативной схемѣ.

3-ій примѣръ. Вопросъ о зависимыхъ патентахъ не можетъ быть рѣшенъ просто—безъ фикціи — иначе, какъ съ точки зрѣнія негативной конструкціи (см. §§ 148 и 185). Въ самомъ дѣлѣ, если мы будемъ считать, что всякій патентъ даетъ право фабриковать все то, что въ немъ описано, — то тогда мы не выберемся изъ трудностей по вопросу о взаимныхъ отношеніяхъ даннаго патентодержателя ко всѣмъ предъидущимъ. Тогда — мы должны будемъ признать, что Комитетъ, всякою выдачею новаго патента, можетъ нарушить права всѣхъ предъидущихъ патентодержателей, поскольку описанныя изобрѣтенія коллидируютъ. Ибо тогда мы должны будемъ признать, что Комитетъ, разрѣшая В'у фабриковать то, что не можетъ быть изготовляемо иначе, какъ въ связи съ изобрѣтеніемъ, уже запатентованнымъ за А'омъ, — нарушаетъ право А'а.

Во всякомъ случаѣ, этотъ вопросъ былъ мною изложенъ съ достаточною подробностью выше, въ только что указанныхъ двухъ §-ахъ, — и я не буду здѣсь воспроизводить моихъ прежнихъ разсужденій. Отмѣчу только выводъ: отношенія держателей зависи-

мыхъ патентовъ конструируются съ точки зрѣнія негативной конструкціи гораздо болѣе естественно и просто, чѣмъ съ точки зрѣнія конструкціи позитивной.

4-ый примѣръ. Отношенія со-держателей патента не могутъ быть выконструированы иначе, какъ по негативной схемѣ. По этому вопросу я также отсылаю къ тѣмъ длиннымъ разсужденіямъ, которыя изложены мною въ § 152-омъ.

Итакъ, куда не повернись*), негативная конструкція повсюду представляетъ — для конструктивной техники — значительныя удобства.

Поэтому, я позволяю себѣ утверждать, что синте-

*) Для того, чтобы не затягивать свыше мѣры моего изложенія, намѣчу — схематично—еще слѣдующіе вопросы, могущіе дать интересный матеріалъ для освѣщенія разбираемой контроверзы:

1) Обязанности лиценціара, см. § 178, и, въ особенности, стр. 98.

2) Обязанности продавца патента, см. § 158, и, въ особенности, стр. 50—51.

3) Ученіе о юридической природѣ лиценціи—см. § 182.

4) Отношеніе патента, какъ такового, къ запрещеніямъ, дѣйствующимъ, относительно порядка эксплоатаціи даннаго продукта, а также къ запрещеніямъ, могущимъ быть изданными впослѣдствіи (Положеніе, ст. 23),—не можетъ быть сконструировано просто (безъ фикцій), иначе, какъ по негативной схемѣ. Съ точки зрѣнія позитивной конструкціи нужны были бы оговорки, въ родѣ той, которая имѣлась въ бельгійскомъ проектѣ 1850 г. (Rapport adressé à Mr. le Ministre de l'Intérieur par la commission chargée de préparer un projet de loi concernant les brevets, etc.): „Art. 6. L'exploitation des objets brevetés est soumise aux lois et réglements de police, sans aucune indemnité. Néanmoins si la fabrication ou la vente d'un objet est interdite momentanément par mesure de police, le temps de l'interdiction ne compte point pour la durée du brevet".

5) Въ случаѣ прекращенія патента—патентное право, какъ таковое, конечно, прекращается. Между тѣмъ, если до прекращенія, патентодержатель фабриковалъ въ силу своего патента, то какъ объяснить то обстоятельство, что, послѣ прекращенія, у него остается именно то же самое право фабрикаціи, въ томъ же самомъ объемѣ? Какъ ни странна такая постановка вопроса, но съ нею необходимо считаться. Только ею можно объяснить весьма курьезную—на первый взглядъ—оговорку, имѣющуюся у Gareis'a (Das deutsche Patentgesetz etc., Berlin, 1877, стр. 137): „ . . . das Individualrecht der Bethätigung eines Jeden ist durch den Wegfall des Individualrechts einer ausschliesslichen Bethätigung eines Einzelnen unbeschränkt geworden—in Rücksicht auf die Benützung der vorher patentirten Erfindung; Jedermann—natürlich auch der bisherige Patentinhaber—kann die Erfindung nach Belieben verwerthen".

тическая сводка выводовъ моей работы приводитъ насъ къ убѣжденію, что содержаніемъ права изъ патента является возможность запрещенія. Если третье лицо станетъ мѣшать (въ смыслѣ, напримѣръ, физическаго воздѣйствія) патентодержателю изготовлять то изобрѣтеніе, на которое онъ получилъ патентъ, — то такое дѣяніе не составитъ нарушенія патента, какъ такового.

Патентное право есть право запрещенія [1]) обращенное ко всѣмъ третьимъ лицамъ. Этотъ выводъ, несмотря на всю его скромность, я считаю самымъ важнымъ во всей моей работѣ.

Патентное право есть право запрещенія: позитивная же возможность фабрикаціи есть не юридическое понятіе, а экономическая функція правового института запрещенія *).

---

[1]) Eodem sensu, R. Piloty, „Der Anspruch des Erfinders auf Patent", въ Hirth's Annalen, стр. 407—408.

*) Мнѣ удалось найти только одно мѣсто у Kohler'a, гдѣ бы онъ касался вопроса о томъ, насколько право экономической эксплоатаціи можетъ служить юридико-конструктивнымъ моментомъ. Въ статьѣ Autor-, Patent- und Industrierecht онъ полемизируетъ, между прочимъ, съ Kaerger'омъ въ слѣдующей формѣ: „Wenn Kärger behauptet, dass der Begriff des Ausbeutungsrechts rein wirthschaftlicher, nicht juristischer Natur sei, so ist dies völlig verkehrt: eben dadurch, dass die Rechtsordnung die Ausbeutung unter ihren Schutz nimmt, macht sie sie zur Sache des Rechts" (Busch, 47, стр. 182). Утвержденіе это, хотя и безусловно высказанное, мало насъ убѣждаетъ: самъ Kohler признаетъ, что Ausbeute принимается подъ охрану права; слѣдовательно, съ одной стороны, Ausbeute предшествуетъ праву, а съ другой—право создаетъ какой-то Schutz, лежащій выше Ausbeute. И вопросъ юридической конструкціи заключается именно въ томъ, чтобы показать, въ чемъ выражается Schutz der Ausbeute (не могущій быть равнымъ самой Ausbeute !).—Въ дальнѣйшемъ, на стр. 183, ibidem, Kohler весьма поверхностно касается указаннаго принципіальнаго вопроса и весьма быстро переходитъ, незамѣтно для себя, на совсѣмъ иную контроверзу: есть ли объектъ патентнаго права само нематеріальное благо, или же тѣ отношенія къ третьимъ лицамъ, которыя возникаютъ по поводу блага? Этотъ послѣдній вопросъ, конечно, не имѣетъ ничего общаго съ первымъ.

V.

§ 260. Мнѣ остается, наконецъ, отвѣтить на четвертый и послѣдній конструкціонный вопросъ. Мы видѣли, что патентодержатель имѣетъ право запретить эксплоатацію нѣкотораго не-матеріальнаго объекта, опредѣленнаго in genere. Спрашивается: въ какомъ мѣстѣ общегражданской системы должно быть поставлено это право (статика второго порядка)?

Предъидущее изложеніе позволяетъ предполагать, что мой отвѣтъ будетъ заключаться въ одномъ словѣ: монополія. Но раньше чѣмъ объяснить, почему и куда въ обще-гражданской системѣ я отношу монополіи —я позволю себѣ сдѣлать значительное отступленіе. Монопольная конструкція предлагалась [1]) уже не разъ; но противъ нея было сдѣлано столько возраженій [2]), что я не могу излагать мое мнѣніе догматически, не расчистивъ предварительно себѣ дорогу критикою существующихъ въ литературѣ противу-аргументовъ.

---

[1]) Klostermann, passim и особенно Busch's Archiv, XXXV, стр. 11—91;—Renouard, passim и особенно въ Du droit industriel etc., Paris, 1860;—Roguin, passim;—Robinson и всѣ американцы; — Meili, Prinzipien etc., 1890, стр. 25;— R. v. Mohl, Krit. Zeit., XXV, стр. 113;—A. Simon, Der Patentschutz etc., стр. 4; — Schmid, Ueber dingliche Gewerberechte, въ Archiv für civ. Praxis, XLIV, стр. 1—27 и 174—208;—Cassat., 25 іюля 1887, цит. у C. Couhin, La propriété industrielle, littéraire, et artistique, I, 1894, стр. XLV;— Mandry, въ Civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, Tübingen, 1878, стр. 391—401;—Dernburg, Lehrbuch. Buch IV, passim.

[2]) Напримѣръ: „Ein Monopol ist geradezu der Gegensatz von einem Patente. Das Patent soll geradezu das Entgegengesetzte leisten, denn es soll dasjenige was zunächst Einem rechtsmässig gehört ... gegen die willkürliche Ausnutzung durch Alle und Jeden schützen". C. Kayser, въ Die Patentfrage, Sechs Preisschriften über die Reform der Patentgesetzgebung, 2 Aufl., Köln & Leipzig, 1876, стр. 118.—Вообще, утвержденіе, что патентъ не есть монополія, принадлежитъ къ числу обыденнѣйшихъ въ патентной литературѣ. Ср. Memorial über die Frage des Ausschlusses der chemischen Industrie von einem schweizerischen Patentgesetze, St. Gallen, 1881, стр. 4.—Collyer, на конгрессѣ 1873 года, Amtliche Berichte etc., стр. 170 и т. д.—Наконецъ, милый аргументъ у W. Dodge: „It is not an uncommon thing for even intelligent persons do think and speak of patents as monopolies". Celebration etc., стр. 473.

И прежде всего, слѣдовательно: что надо разумѣть подъ монополіею?

§ 261. Съ экономической точки зрѣнія, ученіе о монополіи представляется въ слѣдующемъ видѣ [1]).

Монополіею называется возможность исключительно удовлетворять спросу или предложенію даннаго продукта. Поэтому, понятіе монополіи въ указанномъ смыслѣ является нѣсколько болѣе широкимъ, чѣмъ этимологическое значеніе самаго термина: тотъ, кто имѣетъ возможность быть единственнымъ покупателемъ, является монополистомъ въ равной степени, какъ и единственный продавецъ (Verkaufsmonopol, Ankaufsmonopol).

По объекту своему, монополіи распадаются, на ограниченныя и неограниченныя (по мѣсту или по времени). Примѣромъ монополіи неограниченной можетъ служить всякая естественная монополія (см. ниже): очевидно, что монополистическое положеніе владѣльца Іоханнисберга не ограничено никакою территоріальною границею, а также; что оно будетъ продолжаться неопредѣленное время, вплоть до того момента, когда начнутъ дѣлать вино безусловно тѣхъ же качествъ—гдѣ-нибудь въ другомъ мѣстѣ. Примѣромъ ограниченной монополіи по мѣсту можетъ быть всякая регалія, не простирающаяся за территоріальные предѣлы государства, а ограниченной по времени—всякій патентъ.

По интенсивности своей, монополіи распадаются на абсолютныя и относительныя. Первая имѣется налицо въ тѣхъ случаяхъ, когда третьимъ лицамъ безусловно запрещается удовлетворять спросу или предложенію даннаго продукта. Монополія же относительная возникаетъ тогда, когда третьи лица ставятся въ болѣе невыгодное экономическое положеніе, чѣмъ монополистъ: они и могли бы удовлетворять спросу или предложенію,—но не иначе, какъ съ бо̀льшими затратами, чѣмъ монопо-

[1]) A. Garelli, Filosofia del monopolio, Milano, 1898;—R. F. Ely, Monopolies and Trusts, New York, 1900;—Lexis, въ Conrad's Wörterbuch, V° Monopol.

листъ. Примѣромъ можетъ служить положеніе національной промышленности во всякой странѣ, имѣющей протекціонный таможенный тарифъ.

Наконецъ, по способу возникновенія, монополіи дѣлятся на естественныя и искусственныя. Подъ первыми надо разумѣть такія, которыя возникаютъ внѣ всякаго спеціально на то направленнаго воздѣйствія человѣческой воли, напр.: монополія владѣльцевъ источника особенно-важной минеральной воды, «монополія» особо одареннаго талантливаго человѣка, монополія исключительно красивой женщины и т. д. Искусственныя монополіи возникаютъ не иначе, какъ подъ вліяніемъ воли, направленной именно на созданіе монополизированнаго положенія: цеховое устройство, экономическіе тресты и ринги, Bann- und Zwangrechte и т. д.

Пользуясь только что изложенными опредѣленіями и разграниченіями понятія монополіи съ экономической точки зрѣнія, мы можемъ прійти, относительно авторскаго и патентнаго права, къ слѣдующимъ выводамъ. Положеніе автора, имѣющаго исключительное право печатать и продавать данное свое сочиненіе, несомнѣннѣйшимъ образомъ подойдетъ подъ указанное выше опредѣленіе монополіи: онъ имѣетъ возможность исключительно удовлетворять спросу на данную книгу. Въ этомъ смыслѣ авторское и патентное право есть очевиднѣйшая монополія изготовленія и продажи, — монополія искусственная, временно и мѣстно ограниченная, абсолютная. Тезисъ этотъ представляется всякому не предубѣжденному человѣку настолько самоочевиднымъ, что отрицаніе его покажется логически невозможнымъ: разъ одинъ продаетъ то, чѣмъ могли бы торговать всѣ, то этотъ одинъ μόνος πόλεται. Van Delden такъ и начинаетъ свою диссертацію: «Priusquam propositum nostrum disputandi de privilegiis, quae rerum inventoribus conceduntur, in specie aggrediamur, pauca permittenda videntur de monopoliis in genere. Nemo certe privilegium speciem monopolii esse negabit, siquidem privilegiario conceditur jus quod reliquis omni-

bus negatur [1])». Въ новѣйшемъ изданіи Handwörterbuch der Staatswissenschaften [2]) (Conrad) вопросъ о томъ, что патентъ есть монополія, не подвергается даже ни малѣйшему обсужденію, какъ самоочевидная истина.

Откуда же берутся всѣ тѣ страстныя нападки ученыхъ изслѣдователей патентнаго права, которые съ пѣной у рта открещиваются отъ родства съ монополіями?

Въ этомъ случаѣ, объясненій нужно искать не въ научномъ стремленіи къ абсолютной истинѣ, а въ antenаучныхъ симпатіяхъ и антипатіяхъ. Если открыть работу одного изъ главнѣйшихъ и талантливѣйшихъ противниковъ патентнаго права, то мы увидимъ слѣдующее. Объявляя защитникамъ патентовъ грозное «иду на вы», M. Chevalier начинаетъ со слѣдующаго знаменательнаго тезиса: прежде всего я докажу, что патенты суть такія же монополіи, какъ и тѣ, подъ которыми изнывали средніе вѣка [3]). На такое грозное заявленіе было бы правильно отвѣтить: «не старайтесь доказывать, ибо это отнюдь не можетъ вамъ помочь въ предпринятой вами антипатентной кампаніи; монополія или не монополія—но патенты полезны, и ихъ надо сохранить». Но оказывается, что именно этого простого и естественнаго отвѣта въ 70-хъ годахъ никто не осмѣливался дать. Это была—«трусость мышленія», трусость, за которую мы, однако, не слишкомъ будемъ винить людей того времени. Не надо забывать, что только что передъ тѣмъ закончилась ликвидація ancien régime'ныхъ монополій *); надо было, конечно, имѣть особенную дер-

---

[1]) J. Van Delden, Dissertatio etc., стр. 1.

[2]) Jena, 1892, IV Band, V° Monopol.

[3]) M. Chevalier, Les brevets, стр. 13.

*) Всего двадцать лѣтъ ранѣе разбираемаго момента считалось возможнымъ нападать на авторское право съ такой точки зрѣнія: „Mit dem Verbot des Nachdrucks giebt man dem Buchhändler ein Monopol; und Monopole werden allgemein nicht nur für schädlich mit Recht gehalten, sondern nach den Wahlcapitulationen,—Art. 7, § 5,—sollen sie sogar kassirt werden, und es lässt sich nicht erweisen, warum sie nur beym Handel nicht schädlich seyn sollten". L. Griesinger, Der Büchernachdruck etc., Stuttgart, 1822, стр. 46.—На прошеніи о выдачѣ привилегіи на изобрѣтеніе, Марія-Терезія

зость для того, чтобы сказать: «уничтожайте всѣ монополіи, но оставьте намъ—нашу». Не даромъ прусское министерство писало (циркуляръ 8 іюля 1853 г.): «правительство прилагаетъ громадныя усилія къ тому, чтобы уничтожить,—хотя бы и цѣною значительныхъ жертвъ для казначейства — всѣ промышленныя монополіи; поэтому, казалось бы по меньшей мѣрѣ непослѣдовательнымъ, если бы одновременно принимались мѣры къ увеличенію числа выдаваемыхъ патентовъ». Заинтересованныя лица, дрожа за свой карманъ, предпочли спорить противъ очевидности, для того, чтобы не имѣть противъ себя полнаго напора исторической волны. Поэтому, главная агитаціонная работа ихъ лагеря содержитъ заявленіе: «Wenn nur ein Schatten eines Monopoles in dem Erfindungsschutze zu erkennen wäre, wir wären die Ersten, die seine Abschaffung verlangten [1])». Та же работа доказываетъ [2]), что монополія «ist kein ehrlicher Namen», что она всегда эквивалентна понятію Almosen [3]).

Такимъ образомъ, подавляющее большинство авторовъ стали усердствовать въ доказываніяхъ «патентъ не есть монополія» только потому, что ихъ невѣроятно пугала [4]) monopolii sola vox. (Monopolium = «ein den Rechten und der Politik verhasster (!) Name»,

---

положила такую резолюцію: „Ein Privilegium exclusivum... zu verlegen gedenke ich keineswegs, da die exclusiva höchst schädlich sind und in Ansehung der Fabricaturen auf die mögliche Vermehrung deren Fabriken im ganzen Staat das Augenmerk gerichtet werden muss". Цит. у Beck, Patentrecht, стр. 89, прим. 1.—Ср. указанія G. Matile, въ Revue Gand, I, стр. 311: „Le brevet constitue-t-il un monopole? Que cette idée de Monopole, ainsi conçue, devienne plus générale, et notre système de brevets s'évanouira, car sous aucun rapport, nous ne consentirons à rester en arrière d'autres nations en matière de liberté (!)".

[1]) Die Patentfrage, Sechs Preisschriften über die Reform etc., 2 Aufl., Köln-Leipzig, 1876, стр. 30.

[2]) Ibid., стр. 59.

[3]) Ibid., стр. 31.

[4]) H. Gans (Etude sur la protection légale des inventions etc., Genève, 1883, стр. 7) прямо заявляетъ, что патентъ не можетъ быть монополіей, ибо иначе выдача ихъ была бы въ противорѣчіи со ст. 4-ой федеральной конституціи!

J. Pütter, der Büchernachdruck nach aechten Grundsätzen etc., Göttingen, 1774, стр. 54). Это обстоятельство объясняетъ, между прочимъ, почему вся литературная разработка этой контроверзы имѣетъ, въ существѣ своемъ, нѣсколько странный характеръ.

§ 262. Но въ чемъ же заключаются аргументы тѣхъ авторовъ, которые считаютъ себя принужденными, volens-nolens, доказывать несходство патентовъ и монополій? — Аргументы эти распадаются на три категоріи.

Съ первою изъ нихъ намъ будетъ очень легко справиться, вспомнивъ то, что изложено въ § 233. Авторы этой категоріи дѣлаютъ (безсознательно?) крупную юридическую ошибку: они считаютъ понятіе монополіи эквивалентнымъ понятію привилегіи, а затѣмъ, доказавъ, что патентъ не есть привилегія, считаютъ одновременно доказаннымъ и тезисъ: патентъ не есть монополія. Подобное смѣшеніе двухъ ничего общаго не имѣющихъ понятій можетъ показаться немыслимымъ. Приведу нѣсколько примѣровъ въ подтвержденіе необычайной распространенности этого печальнаго явленія. Въ Handbuch'ѣ Kohler'a, въ книгѣ первой (Wesen des Patentrechts), въ шестомъ отдѣлъ (VI. Unrichtige Theorien) — три параграфа посвящены: § 28 — персональной теоріи, § 29 — рефлексной теоріи, и § 30 — монопольной теоріи. И вотъ, этотъ 30-ой параграфъ начинается съ удивительнаго заявленія *): «Wenn man endlich das Urheberrecht als Monopol oder (!!) als Privileg dargestellt hat, so bedarf dies keiner Widerlegung mehr [1])». Точно также Nolte доказываетъ [2]), что патент-

*) То же смѣшеніе генетическаго понятія привилегіи со статическимъ понятіемъ монополіи въ другомъ мѣстѣ (Archiv fur civilistische Praxis, LXXXII, стр. 193—194): „der Ausdruck „Monopol“ oder „Privileg“ bezeichnet mir so zu sagen das Willkürliche, das Künstliche, das nicht aus den Verhältnissen Hervorgewachsene, das der Norm widersprechend bei der Entstehung des Rechts“.

[1]) Handbuch, стр. 80.

[2]) L. Nolte, Die Reform des deutschen Patentrechts, Tubingen, 1890, стр. 3.

ное право не должно быть разсматриваемо какъ «Privileg oder Monopol» — въ противоположеніи (gegenüber) общему праву [1]). Ярче всѣхъ въ этомъ направленіи выражается Warburton [2]): «A Monopoly is an exclusive Privilege by Grant of doing that which all Men have claim to do [3])».

Послѣ сказаннаго мною въ 233-емъ параграфѣ, я могу ограничиться немногими замѣчаніями. Смѣшивать генетическое понятіе привилегіи со статическимъ понятіемъ монополіи — невозможно. Монополистомъ мы называемъ лицо, обладающее опредѣленными юридическими правомочіями (какими? см. ниже). Но эти правомочія монополиста могутъ проистекать и изъ общаго закона, и изъ личной привилегіи. Если бы изданъ былъ законъ, который бы гласилъ, что «сельтерской водой могутъ торговать только вдовы», — то совокупность всѣхъ вдовъ имѣла бы права монополистовъ, но эта монополія не была бы установлена привилегіей. Въ Швейцаріи срокъ сбора винограда опредѣляется обязательнымъ постановленіемъ; если бы было дозволено торговать виноградомъ до срока лишь отцамъ 12 человѣкъ дѣтей и свыше, и если бы такихъ отцовъ оказался въ Швейцаріи всего одинъ, — то этотъ субъектъ былъ бы монополистомъ въ силу закона, а не въ силу привилегіи.

Я бы отвлекся слишкомъ въ сторону, если бы сталъ излагать причины возникновенія указаннаго смѣшенія двухъ разнородныхъ понятій: можно было бы написать

---

[1]) Другіе примѣры синонимическаго употребленія понятій привилегія и монополія: Дювернуа, Пособіе, I, 1899, стр. 199;—A. Schäffle, Theorie, стр. 22, 96, 98, 170 и др.;—Stobbe, Handbuch, III, стр. 2;—Laband, Staatsrecht, стр. 210; — V. Bojanowski, Entwickelung, стр. 21 (типично!).—Намеки на вѣрное разграниченіе у Weinlig, Erfindungspatente, стр. 256.

[2]) A letter from an author etc., London, 1747, стр. 5.

[3]) Ср., наконецъ, Piloty: „Das Patent begründet durch den Ausschluss Anderer von der Verwerthung einer Erfindung für den Erfinder ein Privilegium (!)“. Hirth's Annalen, 1897, стр. 409. Это заявленіе Piloty тѣмъ болѣе знаменательно, что онъ, въ сущности, защищаетъ правильную монопольную теорію. Ср. стр. 330, прим. 1.

объ этомъ цѣлую любопытную статью. Отмѣчу только, что главныхъ причинъ было двѣ:

1) всякая монополія тяготѣетъ къ привилегіонному генезису, ибо абстрактныя нормы закона слишкомъ легко допускаютъ возникновеніе конкуррентовъ данному монополедержателю (только что указанные примѣры составляютъ довольно исключительныя явленія!); и

2) всякая привилегія тяготѣетъ къ монопольной статикѣ. Объ этомъ въ старой литературѣ есть цѣлыя изслѣдованія. Wasmuth прямо говоритъ: «Privilegium alteri concessum, an impediat, quominus princeps tertio simile privilegium indulgere valeat, est quaestio de qua Doctores varie sentire videmus. Alii ut Leyserus nec non Seckenberg negant simpliciter, privilegio inesse monopolium. Estor distinctione proposita, iis quae per modum investiturae conceduntur, jus prohibendi inesse existimat, non vero aliis alio modo indultis [1])». Свое же собственное мнѣніе Wasmuth конструируетъ такъ: «Si privilegium magno aere aut gravi onere annuae pensionis comparatum est (въ этомъ вся суть ошибки!) adeo, ut alio simili privilegio non lucrum tantum interverteretur, verum et damno positivo primus privilegiatus afficeretur [2])...» Поэтому, въ старыхъ изслѣдованіяхъ очень часто monopolium употребляется какъ синонимъ для Concession, Privilegium, Octroi [3]), Freyheit, Gnadenbrief [4]) и т. д.

Правильное рѣшеніе сводится къ не разъ уже повторенной мною формулѣ: статика не преюдицируетъ генетикѣ. Т. е., привилегія, законъ, монополія, не монополія — могутъ комбинироваться во всѣхъ мыслимыхъ сочетаніяхъ. Напримѣръ:

Привилегія и монополія: Маркизъ de la Bresa получилъ отъ Карла V дозволеніе ввозить негровъ въ испанскія колоніи (1517 г.)

Привилегія, но не монополія (безъ исключитель-

---

[1]) Wasmuth, op. cit., стр. 20—21.
[2]) Ibid.
[3]) Pfaff, Commentar, стр. 328.
[4]) Glück, op. cit., I, стр. 554—555.

ности): одинъ изъ донынѣ здраствующихъ севастопольскихъ героевъ, контуженный въ голову, получилъ дозволеніе носить — хотя бы и въ Высочайшемъ присутствіи — при полной формѣ не треуголку, а фуражку.

Законъ и монополія [1]): (эвентуальная) норма, которая дозволяла бы торговать афишами въ Императорскихъ театрахъ только раненымъ на дѣйствительной службѣ солдатамъ (монополія не перестаетъ быть монополіей, отъ того, что управомоченными являются нѣсколько лицъ, а не одно).

Законъ и не монополія: не требуетъ поясненія.

§ 263. Нѣсколько болѣе хитрыми являются аргументы второй категоріи, подходящіе къ дѣлу съ экономической точки зрѣнія.

Аргументы этой категоріи изображаются, обыкновенно, въ такой формѣ: патентъ не можетъ быть причисленъ къ монополіямъ, ибо «монополія, въ точномъ смыслѣ этого слова, ограничиваетъ право продажи уже извѣстныхъ продуктовъ *), нарушая уже уста-

[1]) Ошибочно Renouard, Du droit industriel etc., стр. 339: „Il (le monopole) est toujours privilège".

*) Въ этомъ же смыслѣ, но въ другой формѣ, обыкновенно говорятъ, что патентное право, не въ примѣръ монополіямъ, не ограничиваетъ естественной свободы третьихъ лицъ. Но это утвержденіе основано просто на не точномъ анализѣ понятія патентнаго права. Если человѣкъ запрещаетъ всѣмъ и каждому изготовлять сифоны, снабженные насосами на концѣ каждаго колѣна, то это запрещеніе заключаетъ въ себѣ два подъ-запрещенія: а) не копировать изобрѣтеннаго сифона, и б) (что особенно важно) самостоятельно не изобрѣтать сифона, снабженнаго и т. д.,— или, изобрѣтя таковой, опымъ не пользоваться. Отсюда я заключаю, что о подъ-запрещеніи sub a, пожалуй, еще можно спорить, составляетъ ли оно ограниченіе чужой „естественной" свободы, или нѣтъ: повидимому, подражаніе составляетъ одно изъ естественнѣйшихъ свойствъ человѣка,— и подражать чужому платью, говору, манерамъ, расположенію мебели въ комнатахъ—никому не запрещено. Что же касается подъ-запрещенія sub b, то оно безъ всякаго сомнѣнія составляетъ крупное посягательство на свободу третьихъ лицъ. До момента выдачи патента я имѣлъ право изобрѣтать сифонъ, а послѣ этого момента у меня это право отнимаютъ. Съ точки зрѣнія второго подъ-запрещенія, обыкновенно упускаемаго изъ вида, патентъ составляетъ несомнѣннѣйшую монополію. Ср. § 259 in fine.

новившіеся интересы третьихъ лицъ; патентъ же не запрещаетъ никому продолжать попрежнему свою дѣятельность [1])». Тотъ же аргументъ подробнѣе развитъ у Frank'a [2]): «Что называется монополіей? — исключительное право изготовлять и продавать такіе продукты, которые всякій можетъ изготовлять и продавать, какъ я... Поэтому нельзя назвать монополіей право извлекать законную выгоду изъ того, что̀ принадлежитъ лично мнѣ и т. д.». Тотъ же аргументъ, но въ другой формѣ [3]): «Патентъ не есть монополія; всякая монополія есть концентрація производствъ, дотолѣ распредѣленныхъ между нѣсколькими субъектами; она можетъ s'exercer seulement sur des objets préexistants». Аналогично въ Англіи [4]): «Патентъ не есть монополія; изобрѣтатель не только не отнимаетъ ничего у публики, но, наоборотъ, confers on it the greatest benefits». Большое количество аналогичныхъ цитатъ можно привести и изъ нѣмецкихъ писателей [5]).

Какъ естественное слѣдствіе этого противоположенія, указывается, затѣмъ, что патентъ не удорожаетъ цѣнъ на существующіе продукты, а монополія непре-

---

[1]) Gans, op. cit., стр. 6.

[2]) A. Frank, Philosophie du droit civil, Paris, 1886, стр. 244.

[3]) C. J. Duméry, Examen de la loi etc., Paris, 1858, стр. 6.

[4]) Parker v. Haworth (1848), цит. у Robinson, I, стр. 17.

[5]) Напр., Kleinschrod, Patentgesetzgebung, стр. 10, пр. 3; — Wirth, Die Reform der Patentgesetzgebung etc., Frankfurt a. M., 1883, стр. 103; — P. Barthel, Die Patentfrage, Leipzig, 1869, стр. 5; — Rosenthal, на конгрессѣ 1873 г., Berichte, стр. 95; — Beck, Patentrecht, стр. 10—11; — наиболѣе искусно изложенъ этотъ аргументъ у Gierke (op. cit., стр. 757—758): „In der That hat das Urhebenecht mit den gewerblichen Monopolrechten nicht nur die allgemeinen Merkmale der Persönlichkeitsrechte, sondern insoweit, als es dem Urheber und seinem Rechtsnachfolger einen bestimmten Bereich wirthschaftlicher Thätigkeit vorbehält, auch einen besonderen Inhalt gemein (!). Allein einmal erschöpft es sich nicht in seinem gewerblichen Bestandtheile. Und sodann unterscheidet es sich von jedem ausschliesslichen Gewerberechte dadurch, dass es nicht gleich diesem erst durch Einschränkung der wirthschaftlichen Freiheit einen individuellen Thätigkeitsbereich schafft, sondern einen durch individuelle Schöpfungsthat hergestellten Thätigkeitsbereich gegen Anmassung unter dem Deckmantel der wirthschaftlichen Freiheit schützt".

мѣнно удорожаетъ. «Есть ли патентъ—монополія? Трижды нѣтъ! Монополіи потому и считаются вредными, что онѣ удорожаютъ защищаемые ими предметы. Патентъ же, который бы имѣлъ цѣлью изготовлять данный дешевый продуктъ за болѣе дорогую цѣну—не имѣетъ ни малѣйшаго жизненнаго значенія. Патенты имѣютъ смыслъ лишь постольку, поскольку они дозволяютъ изготовлять продукты дешевле или лучше [1])». Тотъ же аргументъ у Laboulaye [2]).

Я думаю, что, несмотря на большую распространенность приведенныхъ двухъ соображеній, они не выдерживаютъ ни малѣйшей критики.

Во-первыхъ, патентъ несомнѣнно удорожаетъ данный продуктъ, такъ какъ при свободѣ конкурренціи изобрѣтеніе не осталось бы неизвѣстнымъ другимъ фабрикантамъ и продавалось бы дешевле (ср. § 9).

Во-вторыхъ, не всякая монополія удорожаетъ: мыслимо было бы, что со введеніемъ казенной продажи питей абсолютная цѣна водки была бы понижена: государство, присоединивъ къ акцизу—доходы предпринимателя-централизатора, могло бы продавать водку дешевле и, все-таки, имѣть больше выгоды.

Въ-третьихъ, представляется, вообще, немыслимымъ сопоставлять конструкціи по тому значенію, которое онѣ могутъ имѣть для рынка, для продажи и для цѣнъ.

Но пойдемъ дальше. Предположимъ, что разбираемый аргументъ не имѣетъ экономическаго значенія; попробуемъ свести его на юридическую форму. Онъ приметъ тогда, приблизительно, слѣдующій видъ. «Монополія имѣетъ объектомъ такіе предметы, которые не имѣютъ съ субъектомъ никакой внутренней связи; патентъ же закрѣпляетъ за изобрѣтателемъ и безъ того существующую связь творца съ сотвореннымъ объектомъ». Почти въ этой формѣ аргументъ предста-

---

[1]) Simon, цит. въ Kortkampf's Patentgesetz vom 25 Mai 1877, Berlin 1877, стр. 27, пр. 7.

[2]) Dictionnaire, 1886, стр. 75.

вленъ, напримѣръ, у Kohler'a [1]). Спорить противъ этихъ намековъ, расплывающихся «какъ жирное пят-

[1]) Handbuch, стр. 81.

Экскурсъ. Настоящій вопросъ имѣетъ значеніе основного характеристичнаго для теоріи Kohler'a момента. Поэтому я позволю себѣ остановиться на немъ нѣсколько подробнѣе. Если доискиваться, въ работахъ Kohler'a, до сути тѣхъ соображеній, на основаніи которыхъ онъ противополагаетъ понятія монополіи и авторскаго права, то мы найдемъ (Iher. Jahrb., XVIII, стр. 200) слѣдующій аргументъ: „bei Monopolen ist das dem einzelnen zustehende Gut nicht aus seiner schöpferischen Thätigkeit dieses Berechtigten entsprungen, daher beruht auch die Zuwendung dieses Gutes an denselben zur ausschliesslichen Berechtigung nicht auf dem natürlichen Rechte desselben, sondern auf einer freien, irgend welche sonstige Zwecke verfolgenden That des Gesetzes . . . Dieser Unterschied ist nun allerdings wesentlich...“ Еще подробнѣе развита та же идея нѣсколько ниже, въ той же статьѣ (Iher. Jahrb., XVIII, стр. 209—210):

„Es handelt sich darum, ob das Autorrecht ebenso, wie das Eigenthum, der Potenz nach, als Postulat an die Rechtsordnung, als Vernunftgebot und, da die Vernunftgebote zuerst instinktive auftauchen, als Forderung unseres Rechtsgefühls vorhanden ist. Es gibt nähmlich im Gegentheil auch Rechte die als solche nicht von der Vernunft geboten sind, die als solche nicht in den die Rechtsordnung beherrschenden Prinzipien der Gerechtigkeit wurzeln, nur das Ziel durch die Gerechtigkeit gesteckt, die Art der Erreichung aber eine Gewillkürte ist. Wenn der Staat das Tabakmonopol einführt oder im Interesse der Industrie den Import gewisser Waaren verbietet, so kann das bezweckte Steuererträgniss oder der bezweckte Industrieschutz durch die Staatsaufgabe, und damit durch die Rechtsidee geboten sein; das Mittel ist aber kein durch die Rechtsidee gebotenes, sondern ein von der Rechtsidee erlaübtes und nach dem Ermessen der Staatsordnung unter den verschiedenen Mitteln gewähltes . . . Daher hält kein Mensch den Tabakhandel oder den Import von Waaren für etwas Rechtswidriges, solange nicht Tabakmonopol oder Einfuhrverbot vom Staate dekretirt sind...“ И затѣмъ: „. . . Der wahre Grund ist der, dass diese Rechtsschöpfungen nur artifizieller Natur sind, dass sie nicht an sich schon in dem Rechtsgefühl, in der Ueberzeugung des Volkes wurzeln, dass sie wie überhaupt artifizielle Schöpfungen, sich nicht mit derselben Naturgewalt aufdrängen, wie die, ich möchte sagen, naturwüchsigen, auf unmittelbarer natürlicher Initiative beruhenden Rechte“.

Изъ приведенныхъ двухъ, первостепенной важности, цитатъ слѣдуетъ такого рода окончательная характеристика теоріи Kohler'a. „Имматеріальная“ теорія, какъ таковая, не можетъ дать критеріума для разграниченія понятій монополія—патентное право. Центръ ея тяжести лежитъ въ томъ, что объектомъ „имматеріальныхъ“ правъ, какъ показываетъ само названіе, являются „имматеріальныя“ блага. Но самъ Kohler признаетъ, что объектомъ монополій также являются имматеріальныя блага. („Diese Monopole haben mit dem Urheberrecht, dem Erfinderrecht u. s. w. das gemeinsam, dass sie Rechte an unkörperlichen Gütern sind, Iher.

но» — почти невозможно, потому что въ нихъ нѣтъ консистенціи. Во всякомъ случаѣ замѣчу, что этотъ аргументъ составленъ изъ двухъ мыслей: A) «связь» и B) «безъ того существующая».

Ad A, замѣчу, что эта «связь» сведется къ персональной теоріи (ср. § 242).

Ad B,—что «...безъ того существующая» —есть мысль естественно-правовая *). Kohler наивно говоритъ: «Такое воззрѣніе (=монополія) бросаетъ на весь институтъ

Jahrb., XVIII, стр. 200). Слѣдовательно, центральный первъ, ось, вокругъ которой вертится вся имматеріальная теорія,—остается безполезнымъ по отношенію къ разбираемому важному вопросу. Изъ приведенныхъ цитатъ явствуетъ, что Kohler не въ состояніи провести границу между монополіями и авторскимъ правомъ иначе, какъ прибѣгая къ чистѣйшимъ естественно-правовымъ пріемамъ. Патентное право есть ein natürliches Recht,—ein durch die Rechtsidee gebotenes Recht,—ein im Rechtsgefühl wurzelndes Recht —ein naturwüchsiges Recht,—ein auf unmittelbarer natürlicher Initiative beruhendes Recht. Монополія же есть ein von der Vernunft nicht gebotenes Recht, ein nach Ermessen des Staatsordnung gewähltes Recht, ein Recht artifizieller Natur, eine artifiziele Schöpfung". Всѣмъ этимъ выраженіямъ позавидовалъ бы и Пуффендорфъ, и Томазій...

Съ самаго начала имматеріальная теорія была сильно окрашена естественно-правовою тенденціею (см. выше, § 224). Можно утверждать, что эта тенденція, скрытая, но могущественная, остается сутью „имматеріальной" теоріи и до сего дня...

*) Та же естественно-правовая тенденція въ разсужденіяхъ Gierke: „Gewiss hat das Erfinderrecht einen Theil seines Inhaltes mit den ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen gemein. Auch steht es ihnen nicht nur sehr viel näher, als die gewerblichen Urheberrechte. Aber diese Uebereinstimmung trifft doch immer nur theilweise zu und erstreckt sich jedenfalls nur auf die im Erfinderrechte enthaltenen negativen Befugnisse... Das Erfinderrecht erschöpft sich aber nicht in den gegen die Vornahme gewisser gewerblicher Handlungen durch Andere gerichteten Untersagungsbefugnissen. Vielmehr hat es vor Allem einen positiven Inhalt. Es gewährt seinem Subjecte in der Herrschaft über das von ihne geschaffene Geisteserzeugniss eine positive Befugniss, die Erfindung zu benutzen und über sie zu verfügen [ср. § 259 I]. Nur um das aus geistiger Schöpfung erworbene Recht am eigenen Persönlichkeitsgute ungehindert geniessen zu können, empfängt überhaupt der Erfinder seine Verbotsrechte gegen Dritte. In diesem seinem positiven Kerne aber hat das Erfinderrecht offenbar nichts gemein mit den ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen, deren positiver Inhalt in einem ihrem Subjecte von aussen her zugewiesenen Thätigkeitsbereich besteht". D. Privatrecht, I, стр. 858. Вотъ для чего употребляютъ позитивную конструкцію!

нѣкоторый ложный отблескъ; получается впечатлѣніе чего-то сдѣланнаго, не-натуральнаго, чего-то навязаннаго промышленности всемогущимъ государствомъ путемъ устарѣлыхъ, неправильныхъ (! unberechtigte) мѣръ... Между тѣмъ, эти права столь же естественны (natürlich) какъ и собственность (!)».

Но пойдемъ еще дальше. Допустимъ, что эта мистическая связь творца съ сотвореннымъ, дѣйствительно, существуетъ. Т.-е., допустимъ мысль, что изобрѣтателю нельзя не гарантировать «власти» надъ изобрѣтеніемъ;—что сущность патентнаго права заключается не въ установленіи нѣкоторой формы вознагражденія за трудъ, а въ признаніи существующихъ связей субъекта съ объектомъ. Будетъ ли это признаніе противорѣчить монопольной конструкціи?

Я думаю, что—нѣтъ. Представимъ себѣ, что путешественникъ А. путемъ неслыханныхъ усилій, въ серединѣ XIII вѣка завязалъ сношенія Ганзы съ Бразиліей. Творческой мысли, творческой энергіи—такой путешественникъ потратилъ, конечно, больше, чѣмъ изобрѣтатель новой запонки для галстуха: торговля съ Бразиліей, для путешественника А., есть такое же собственное, выстраданное и выношенное, дѣтище, такая же плоть отъ плоти и кровь отъ крови (вспомнимъ г. Lüderitz'a и Lüderitzland!), какъ лампочка — Эдисону, или какъ основной процессъ—Томасу. А между тѣмъ говорятъ, что А., получая исключительное право на свое дѣтище, получилъ бы монополію, а Томасъ — что-то другое? Это противорѣчило бы основнымъ законамъ юридическаго сходства и различенія! Исторически [1]), между тѣмъ, что Kohler называетъ «низкимъ» терминомъ монополія, и тѣмъ, чему онъ присваиваетъ «благородное» названіе патентъ — нѣтъ никакой раз-

[1]) „Die Verwandschaft des durch Patent begründeten Privilegs mit dem Monopol des Polizeistaates ist nicht zu verkennen. Das Patentrecht ist aus dem Monopolrechte hervorgegangen. Es ist das Monopolrecht des konstitutionellen Staatsrechtes". Piloty, въ Hirth's Annalen, 1897, стр. 410.

ницы *). Ограничусь двумя примѣрами. Adam Smith, котораго никто не заподозритъ въ увлеченіи монополіями, говоритъ: «Если компанія купцовъ заведетъ на свой рискъ новую торговлю съ отдаленною варварскою страною, то можетъ быть полезнымъ инкорпорировать ихъ какъ акціонерное общество и дать имъ монополію торговли съ этою страною [1])». (Идея связи творца съ сотвореннымъ!). Другой примѣръ. Когда въ Австріи выдавали первую концессію на проведеніе желѣзной дороги, то эту концессію—боясь обвиненія въ возвратѣ къ ancien régime'у—облекли въ форму патента за введеніе чужого изобрѣтенія, сдѣланнаго заграницей [2])! Но вѣдь эти уловки могутъ обмануть только дѣтей: юридическая сторона полученнаго права не измѣняется отъ того, что у одного монополянта нѣтъ мистической связи съ продаваемымъ имъ табакомъ, а другого—есть «внутреняя» связь съ продаваемыми имъ пуговицами....

Резюмирую сказанное. Приведенное различіе монополіи и патентовъ не выдерживаетъ критики. Оно основано на вѣрной идеѣ. Монополія (въ обычномъ смыслѣ), обыкновенно, при ея созданіи, производитъ нѣкоторый

*) Позволю себѣ привести еще слѣдующіе примѣры, изъ коихъ съ полною очевидностью слѣдуетъ, что старыя монополіи также не всегда выливались внѣ всякихъ соображеній справедливости, — что въ этихъ монополіяхъ, очевидно, имѣются намеки на такіе мотивы, которые нынѣ въ болѣе яркой формѣ проявляются въ патентномъ правѣ. „Commercia, quae ad loca remotissima instituuntur, priusquam rite stabiliantur, magnos requirant sumtus; et ancipiti eventui sunt obnoxia. Ergo autoribus talium commerciorum cavendum est, ne quod ab ipsis constitutum magno cum periculo et sumtu fuit, alii gratis intercipiant". Puffendorf, Jus naturale et gentium, Lib. V, Cp. V, § 7.—„Die Erbauung der Mühlen war zu allen Zeiten kostbar und also die Unternehmung nur der Reichen; um diese wegen ihrer zu gemeinen Besten verwendeten Gelder schadlos zu halten, entstand die Bedingung, dass die Nachbaren auch in Zukunft auf der von ihnen erbauten, und keiner anderen Mühle mahlen lassen sollten". J. Beckmann, Geschichte der Erfindungen, Leipzig, 1788, II, стр. 67—68.

[1]) Wealth of Nations, III, стр. 141, цит. у Th. Webster, On property on designs, London, 1853, стр. 12;—Ср. Michaelis, Zur Selbstkritik etc., въ Viert. für Volksw., 1870, стр. 112.

[2]) Pfaff, op. cit., стр. 421, пр. 33.

экономическій кризисъ, такъ какъ нарушаетъ естественно-установившіяся формы производства и распредѣленія. Патентъ же, касаясь новыхъ, дотолѣ не существовавшихъ продуктовъ, не производитъ остраго кризиса (хотя, обыкновенно, влечетъ мелкіе послѣдующіе кризисы для «параллельныхъ» изобрѣтателей).

Но эта идея, вѣрная по существу, не относится къ чистой юриспруденціи. Мы, юристы, даемъ право извѣстнаго типа,—и разсматриваемъ значеніе на міровой биржѣ этого права не какъ его юридическую сущность, а какъ его экономическую функцію.

Такимъ образомъ, разобранныя двѣ категоріи аргументовъ не имѣютъ юридическаго содержанія. Онѣ выходятъ или (I категорія) изъ ante-юридическихъ [1]) («Verhasster Name»), или (II категорія) изъ μετα-юридическихъ (функціонально-экономическихъ) соображеній.

§ 264. Остается, наконецъ, третья категорія аргументовъ противъ монопольной конструкціи. Не скрою, что она является наиболѣе существенною и дѣловою: она выходитъ,—надо признать,—изъ строго юридическихъ соображеній; не ante и не μετα юриспруденціи находится она; въ самое сердце нашей науки бьетъ она,—и съ ней надо считаться серьезнѣе, чѣмъ съ какимъ-либо инымъ матеріаломъ.

Аргументы этой категоріи нигдѣ въ литературѣ не развиты достаточно подробно; у одного Kohler'a находимъ мы намеки. Но это не помѣшаетъ мнѣ развить ихъ такъ, какъ они должны были бы быть представлены.

Пусть патентное право—говорятъ эти аргументы—есть монополія. Съ экономической точки зрѣнія противъ этого нельзя ничего возразить; но понятіе монополіи не есть юридическая конструкція. Нѣтъ воз-

---

[1]) Любопытнѣйшій примѣръ: H. Gans (op. cit., стр. 29), обсуждая вопросъ, надо ли выдавать патенты на пищевые продукты, отвѣчаетъ отрицательно, ибо „il est préférable d'éviter tout ce qui peut ressembler de près ou de loin (!!), à un monopole". Чистая форма ante-юридическаго аргумента.

можности отрицать то — говорятъ воображаемые противники,—что понятіе Alleinverkauf'a, понятіе монополіи относится къ области не юриспруденціи, а экономистики. Поэтому, правъ тотъ, кто говоритъ: съ экономической точки зрѣнія, патентное право есть монополія. Но неправъ тотъ, кто думаетъ, что въ этомъ тезисѣ онъ далъ юридическую конструкцію. Не даромъ Kohler восклицаетъ: «Das Monopol ist nur ein Wort, dem keine Spur konstructiver Macht innewohnt».

Въ самомъ дѣлѣ. Монополіи, по способу своего возникновенія (см. выше, § 261), распадаются на естественныя и на искусственныя. Въ основѣ первыхъ лежитъ голый фактъ, не имѣющій рѣшительно никакого юридическаго значенія. У Patti горло устроено не такъ, какъ у другихъ пѣвицъ. Patti можетъ, поэтому, поставлять такое пѣніе, какого ни одна другая пѣвица поставлять не можетъ. Patti использываетъ экономически свое монопольное положеніе и взимаетъ за концерты четверныя цѣны. Экономически, положеніе Patti и патентодержателя — одинаково. Но съ юридической точки зрѣнія между двумя этими казусами нѣтъ-де ничего общаго по той причинѣ, что монополія патентодержателя достигнута была юридическими средствами, а монополія Patti — устройствомъ ея голосовыхъ связокъ.

Итакъ, юристъ долженъ прежде всего выдѣлить, какъ неинтересные для него, всѣ случаи естественной монополіи. Что же касается монополій искусственныхъ, то онѣ могутъ-де быть создаваемы путемъ самыхъ разнообразныхъ юридическихъ институтовъ. Монополія можетъ явиться какъ результатъ частнаго соглашенія заинтересованныхъ лицъ: синдикатъ, трестъ, рингъ, стачка продавцевъ и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ договорное отношеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, соглашеніе дѣлать то-то или не дѣлать того-то, — изъ коего проистекаетъ монополистическое положеніе для участниковъ. Если Ротшильды, съ 1835 года, имѣли соглашеніе съ обѣими копями, гдѣ един-

ственно добывалась ртуть, то экономическимъ результатомъ этого частно-правнаго договора была монополія.

Монополія можетъ быть результатомъ также и объективнаго нормоустановленія. И въ частности, государство можетъ создать монополію путемъ установленія нормъ какъ частнаго, такъ и публичнаго права. Напримѣръ, если, въ фискальныхъ цѣляхъ, Россія вводитъ винную монополію, то для этого она создаетъ спеціальныя нормы публичнаго права: запрещеніе всѣмъ и каждому торговать водкою, иначе какъ пріобрѣтаемою отъ правительства, — уголовная санкція противъ нарушителей запрета. Но монополія можетъ быть результатомъ и цивильныхъ нормъ: если автору предоставляется исключительное субъективное право печатать книгу, то его монополія является результатомъ гражданскаго нормоустановленія.

Такимъ образомъ (читатель не забудетъ, что я до сихъ поръ излагаю чужое мнѣніе въ той формѣ, какъ оно могло бы быть развито), монопольная конструкція вовсе не есть юридическая конструкція. Тезисъ: «патентъ есть монополія» вовсе-де не предрѣшаетъ вопроса о томъ, какими юридическими мѣрами достигнуто монопольное положеніе патентодержателя; или, другими словами:—вопроса о томъ, какое мѣсто въ системѣ правовыхъ отношеній должно быть присвоено патентному праву.

§ 265. Мнѣ остается, слѣдовательно, еще одно, послѣднее сказаніе. Остается необходимость доказать, что понятіе монополіи есть цивилистическая конструкція. Въ этомъ будетъ заключаться моя послѣдняя задача.

Дѣйствительно, монополія можетъ быть установлена самымъ разнообразнымъ путемъ: частнымъ соглашеніемъ и государственнымъ нормоустановленіемъ; и, въ послѣднемъ случаѣ, путемъ и цивильныхъ, и публичныхъ нормъ. Но этотъ моментъ структуры монопольнаго права является, все-таки и опять-таки, генетическимъ. Вопросъ идетъ о томъ, какъ возникла моно-

полія,—а не о томъ, что она изъ себя представляетъ. И вотъ я думаю, что у всякой монополіи есть одинъ отличительный, неизмѣнный и необходимый признакъ, признакъ юридическій въ самомъ строгомъ смыслѣ этого слова. Я думаю, что мнѣ удастся доказать, что объектъ всякой монополіи обладаетъ специфическими особенностями, которыя невозможно выразить иначе, какъ путемъ юридическихъ категорій.

Для того, чтобы доказать это положеніе, мнѣ необходимо сдѣлать небольшой экскурсъ въ область исторіи и выяснить понятіе такихъ правъ, которыя — уже совершенно безспорно — представляли монополіи, и притомъ частнаго права. На нихъ я и произведу, затѣмъ, необходимый мнѣ анализъ. Я разумѣю, конечно, старыя нѣмецкія Zwangs- и Bannrechte.

Что такое Bannrecht [1])? Происхожденіе ихъ объяснено у Mittermaier'a [2]) слѣдующимъ образомъ.

Устройство промышленнаго заведенія (мельницы, пивоварни, винокуреннаго завода, кузницы) сопряжено было, въ средніе вѣка, съ большими затратами. При малой предпріимчивости капиталистовъ того времени, они соглашались рисковать такими затратами только въ тѣхъ случаяхъ, когда имъ былъ обезпеченъ достаточно высокій процентъ заказовъ. Обезпеченіе это предоставлялось имъ или въ формѣ обязанности, возложенной на жителей опредѣленной округи, или въ формѣ правительственнаго запрещенія устраивать аналогичныя заведенія въ предѣлахъ этой мѣстности [3]).

[1]) R. Maurenbrecher, Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, Bonn, 1840, 2 Aufl., I, стр. 782 и сл.;—K. Fr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen, 1845, 5 Aufl., стр. 486 и сл.;—C. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Regensburg, 1847, 7 Aufl., II, стр. 717 и сл.;—W. Stieda, въ Conrad's Wörterbuch, V° Zwangsrechte.

[2]) Loc. cit., стр. 718.

[3]) „Der geschichtliche Entwickelungsgrund der Zwangs- und Bannrechte ist, dass, wo die industriellen Productionen grosse kostspielige Anlagen verlangten, in den frugalen früheren Zeiten, keiner die Anlage übernehmen konnte, dem nicht die Sicherung seines künftigen Absatzes von den Consumenten im Voraus zugesichert war". Maurenbrecher, loc. cit., стр. 783

Въ первомъ случаѣ старое право говоритъ о Bannrecht'ѣ [1]), во второмъ — о Gewerbeberechtigung. «Характернымъ для Bannrecht'овъ — говоритъ Eichhorn [2]) — является возможность ограничивать третье лицо . . . въ его естественной свободѣ; въ частности, возможность запретить ему удовлетворять данную свою потребность, иначе какъ непосредственно у держателя Bannrecht'a». Примѣрами Bannrecht'овъ можетъ служить: 1) Bierzwang, т.-е. обязанность покупать пиво у даннаго лица; 2) Mühlzwang, т.-е. обязанность молоть свой хлѣбъ именно на данной мельницѣ; 3) Weinzwang, т.-е. обязанность покупать вино; 4) Kellerzwang, т.-е. обязанность пользоваться для вина данными подвалами; 5) Backofenzwang, т.-е. обязанность печь хлѣбъ въ данной печи. Stieda упоминаетъ даже Sauergurkenzwang въ г. Торгау [3]).

Что касается Gewerbeberechtigungen, то онѣ заключаются, по опредѣленію Maurenbrecher'a [4]), «въ возможности запретить всѣмъ и каждому производство того ремесла, коимъ занимается управомоченный». Лучшимъ примѣромъ служатъ Zunftzwang, т.-е. «право цеха запрещать всѣмъ, не принадлежащимъ къ нему, производство даннаго рода работъ и устройство даннаго рода промышленныхъ заведеній [5])».

Экономическое значеніе обѣихъ указанныхъ категорій было, приблизительно, одинаковымъ [6]); ничтожная, при малой развитости путей сообщенія, разница заключалась въ томъ, что Bannrecht оказывался безсильнымъ противъ лицъ, не владѣющихъ недвижимостью въ данной округѣ, или въ крайнемъ случаѣ противъ лицъ, не домицилированныхъ въ ея предѣлахъ [7]). Что же

[1]) Zwangsrecht и Bannrecht являются синонимами. Ср. Maurenbrecher, op. cit., стр. 783, прим. 3.

[2]) Loc. cit., стр. 486.

[3]) Loc. cit., стр. 1079.

[4]) Loc. cit., стр. 779

[5]) Mittermaier, loc. cit., стр. 703.

[6]) Dernburg, op. cit., стр. 936.

[7]) Maurenbrecher, loc. cit., стр. 784, прим. 9;—Dernburg, loc. cit., стр. 935, прим. 2.

касается Gewerbeberechtigung, то она была безсильною противъ подвоза соотвѣтствующихъ продуктовъ извнѣ [1]), и во всякомъ случаѣ противъ пріобрѣтенія продуктовъ жителями даннаго города гдѣ нибудь въ другомъ мѣстѣ (внѣ предѣловъ [2]) дѣйствія цеха).

Такимъ образомъ, и Bannrecht'ы, и Gewerbeberechtigungen являются, несомнѣнно, частноправовыми монополіями. Въ чемъ же заключается ихъ цивилистическая особенность?

Представимъ себѣ, что одно лицо имѣетъ право собственности на данную мельницу, а другое — исключительное право держать мельницу въ данной округѣ. Представимъ себѣ далѣе, что въ этой округѣ постороннее лицо выстраиваетъ новую мельницу. Для перваго изъ двухъ указанныхъ лицъ эта новая мельница представляется явленіемъ безразличнымъ; для второго— она обозначаетъ нарушеніе его права. Для держателя Bannrecht'а всякая мельница, сколько бы ихъ ни было построено въ округѣ, является предметомъ эвентуальной реакціи. Mühlzwang нельзя конструировать иначе, какъ предварительно выяснивъ себѣ понятіе мельницы вообще: не мельницы Ивана или Петра, а именно мельницы in genere. Имѣющій винную монополію, простираетъ свою правовую власть не на данную бутылку водки, даже не на всю водку, имѣющуюся въ данный моментъ налицо въ странѣ, а на водку, какъ родовое понятіе.

Можно выяснить тотъ же тезисъ и обратнымъ логическимъ путемъ.—Вещь можетъ быть опредѣлена in specie, или in genere. Абсолютное мое право (самаго разнообразнаго содержанія!), т. е. право, имѣющее силу противъ всѣхъ тѣхъ, кто приходитъ съ нимъ въ соприкосновеніе, можетъ имѣть объектомъ не только вещь in specie, но также и вещь in genere. Кто мѣшаетъ государству повелѣть, что субъектъ X. будетъ имѣть нѣкоторую правовую мощь по отношенію ко

[1]) Mittermaier, loc. cit., стр. 703, прим. 5 и далѣе.
[2]) Bannmeile!—Ср. Stieda, loc cit., стр. 1081.

всѣмъ лошадямъ, сколько бы ихъ ни было въ настоящемъ и будущемъ? Эта правовая мощь можетъ быть весьма разнообразною, начиная съ очень ограниченной и до самой полной: начиная съ возможности водить лошадь подъ-уздцы—и до возможности полнаго экономическаго использованія или даже просто обладанія лошадью. Всякое, даже самое ничтожнѣйшее абсолютное право, имѣющее объектомъ всякую лошадь (лошадь in genere) необходимо тяготѣетъ къ монополіи. И наоборотъ, всякая монополія имѣетъ объектомъ genus, всякая монополія генерична.

А монополія естественная?—спросятъ меня. Общій законъ является безусловно примѣнимымъ и къ ней—отвѣчу я. Естественная монополія существуетъ до тѣхъ поръ, пока въ ея объектѣ (единственномъ въ своемъ родѣ) совпадаютъ понятія genus и species. Съ возникновеніемъ второго экземпляра того же вида, естественная монополія перестаетъ быть генеричной и, одновременно, перестаетъ быть и монополіею вообще.

Сказанное приводитъ насъ къ важному выводу: монополія, съ юридической точки зрѣнія, есть генерично-абсолютное право. И обратно: всякій разъ, какъ мы имѣемъ абсолютное право, имѣющее объектомъ предметъ опредѣленный не in specie, а in genere—мы съ достовѣрностью можемъ умозаключать о наличности монополіи.

Итакъ, понятіе монополіи есть не только понятіе экономическое. Одновременно, оно имѣетъ и яркій цивилистическій отличительный признакъ.

§ 266. Къ сказанному мнѣ остается добавить очень немногое.

Патентное право есть право запретить всѣмъ и каждому эксплоатировать данный не-матеріальный genus.

Слѣдовательно: во-первыхъ, оно должно быть поставлено въ категорію абсолютныхъ правъ; во-вторыхъ, оно должно быть причислено къ числу нематеріальныхъ правъ; въ-третьихъ, оно должно быть категори-

зируемо какъ абсолютно-генеричное нематеріальное право.

Если мы захотимъ провести аналогію съ вещно-матеріальнымъ правомъ, то мы увидимъ, что понятіе собственности есть вещно-матеріально-конкретное право. Всякая собственность всегда имѣетъ объектомъ конкретную вещь. А вещное право на цѣлый genus матеріальныхъ предметовъ называется монополіей (въ обычномъ смыслѣ). Если я имѣю право запретить всѣмъ и каждому трогать данную мою мельницу, то я имѣю собственность. Если я имѣю право запретить всѣмъ и каждому, вообще, касаться понятія мельницы какъ generis, — я имѣю монополію. Такимъ образомъ, сводя всѣ вещныя права въ одну общую схему, мы получимъ слѣдующаго рода таблицу (по объекту).

	Res corporales	Res incorporales
In specie	Собственность	α
In genere	Монополія	Авторское право

Подъ α, т.-е. подъ вещно-нематеріально-конкретнымъ правомъ я затрудняюсь поставить точно опредѣленный институтъ: онъ еще не выработанъ жизнью. Впрочемъ, намеки такого института имѣются въ защитѣ такъ называемыхъ фабричныхъ секретовъ. Если фабрикантъ X. не взялъ патента, а охраняетъ свое производство путемъ секрета, то конкуррентъ У. не имѣетъ права выпытывать конкретное изобрѣтеніе, сдѣланное X'омъ: но сдѣлавъ его самостоятельно (какъ конкретное рѣшеніе), онъ можетъ фабриковать, не стѣсняясь секретомъ X'а. Слѣдовательно, secret de fabrique не защищаетъ отъ параллельныхъ изобрѣтателей; слѣдовательно онъ охраняетъ лишь конкретную нематеріальную вещь.

Изъ приведенной таблицы я сдѣлаю лишь одинъ выводъ.

Авторское право въ этой таблицѣ не координируется съ собственностью ни въ вертикальной, ни въ горизонтальной графѣ. Переводя этотъ «графическій» тезисъ на языкъ логическихъ категорій, мы скажемъ:

1. Если принимать за principium divisionis «матеріальность» объекта, то собственность группируется съ монополіями (въ обычномъ смыслѣ).

2. Если принимать за principium divisionis «конкретность» предмета, то собственность группируется съ фабричными секретами.

3. Утвержденіе же, что собственность «аналогична» съ авторскимъ правомъ, лишено какого бы то ни было разумнаго principium divisionis.

* * *

Итакъ, что̀ такое патентное право?

Патентное право есть авторское право въ области техники.

Авторское же право есть абсолютно-генеричное право на нематеріальный объектъ.